

LA AUSENCIA DE CONTROLES MATERIALES AL ACTO DE ACUSACIÓN.
Una mirada desde las garantías constitucionales del acusado.

MIGUEL AUGUSTO ARIAS CASTELLANOS

UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015

**LA AUSENCIA DE CONTROLES MATERIALES AL ACTO DE ACUSACIÓN.
Una mirada desde las garantías constitucionales.**

MIGUEL AUGUSTO ARIAS CASTELLANOS

**DOCTORA WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN
DIRECTORA**

**UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015.**

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá, septiembre de 2015

PRESENTACIÓN

La monografía “LA AUSENCIA DE CONTROLES MATERIALES AL ACTO DE ACUSACIÓN. Una mirada desde las garantías constitucionales de acusado” presentada al Centro de Investigaciones Instituto de postrados de la Universidad Libre, para optar el título de Magister en Derecho Penal por el doctor MIGUEL AUGUSTO ÁRIAS CASTELLANOS. Hoy 22 de septiembre de 2015.

MIGUEL AUGUSTO ÁRIAS CASTELLANOS

Correo electrónico auarca@gmail.com

AGRADECIMIENTOS

El autor del presente trabajo de grado expresa sus agradecimientos:

A todas las personas que de alguna manera hicieron sus aportes académicos en pro de ofrecer herramientas para la elaboración de este escrito.

A la doctora Whanda Fernández León, por su dedicación y dirección académica en este proyecto investigativo.

*A mi hija tesoro invaluable
y a mi esposa
Eterno e incondicional apoyo
En todos los proyectos de mi vida*

CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	9
<u>1. ASPECTOS PRELIMINARES</u>	11
<u>1.1 PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA</u>	11
<u>1.1.1 Problema de investigación</u>	12
<u>1.1.2 Pregunta problémica</u>	13
<u>1.2 HIPÓTESIS</u>	14
<u>1.3 OBJETIVOS</u>	15
<u>1.3.1 Objetivo general</u>	15
<u>1.3.2 Objetivos específicas</u>	15
<u>1.4 METODOLOGÍA</u>	16
<u>2. LA ACUSACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA LEY 906 DE 2004</u>	18
<u>2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN</u>	21
<u>3. CONTENIDO, REQUISITOS, ESTRUCTURA, HECHOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA PROPUESTA ACUSATORIA DEL FISCAL</u>	25
<u>3.1 CONTENIDO DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN</u>	25
<u>3.2 REQUISITOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN</u>	300
<u>3.3 LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO</u>	36
6	
<u>3.4 LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA ACUSACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO</u>	39
<u>3.5 CONTROL JUDICIAL DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN</u>	41

<u>3.6 CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA LEY 600 DE 2000</u>	46
<u>3.7 FASE INTERMEDIA COMO INSTANCIA DE CONTROL</u>	47
<u>4. IMPARCIALIDAD DEL FISCAL A LA HORA DE ACUSAR</u>	53
<u>5 EL REQUISITO DE “CAUSA PROBABLE”</u>	57
<u>6. LA POSICIÓN DEL ACUSADO Y LA INVOLABILIDAD DEL DERECHO A LA DEFENSA</u>	59
<u>6.1 ESCRITO DE ACUSACIÓN Y DERECHO A LA DEFENSA ¿IGUALDAD DE ARMAS?</u>	60
<u>7. PRINCIPIOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN</u>	73
<u>7.1 PRINCIPIOS PRO HOMINE Y FAVOR LIBERTATIS</u>	74
<u>7.2 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA</u>	75
<u>7.2.1 El principio de congruencia en el Decreto 2700 de 1991</u>	78
<u>7.2.2 El principio de congruencia en la Ley 600 de 2000</u>	79
<u>7.2.3 El principio de congruencia en el Proyecto de Ley Estatutaria 1 de 2003 Cámara y su evolución en el trámite legislativo</u>	81
<u>8. NULIDAD DE LA ACUSACIÓN</u>	85
<u>9. EL JUICIO DE ACUSACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO</u>	89
<u>10. APORTES DEL AUTOR A LA DISCUSIÓN</u>	95
CONCLUSIONES.....	101

INTRODUCCIÓN

“La acusación como acto de parte no es susceptible de control judicial, pero sí de corrección, aclaración o adición a petición de parte y la posibilidad de darse la ruptura de la unidad procesal por causas diversas a las previstas en el artículo 53 del C.P.P.”¹

Fruto de inmensas contradicciones nace la Constitución de 1991 donde se consagran una serie de garantías individuales y colectivas, entre ellas el debido proceso para todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos. “Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación punitiva del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios penales”².

El sistema penal acusatorio le reconoce al indiciado, imputado y acusado calidad de parte, al que le corresponden unas actuaciones penales de carácter sustantivo y procesal, el debido proceso entendido como un principio constitucional se traduce en la facultad del ciudadano inmerso en una actuación judicial o administrativa a exigir un proceso público y expedito en el cual se reconozcan todas las garantías sustanciales y procesales, desarrollado ante una autoridad competente que actúe con independencia e imparcialidad, sin tener en cuenta consideraciones distintas a las previstas en la ley.

¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal -Sala de decisión en tutela-Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá, D.C., 9 de mayo de 2012.

² COLOMBIA. Corte Constitucional sentencia T 961 de 2004. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C; 7 de octubre de 2004.

Asimismo, el avance jurisprudencial en materia penal y constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991 ha venido desarrollando la constitucionalización del sistema de enjuiciamiento penal, introducida en el acto legislativo número 3 de 2002 que impulsó la Ley 906 de 2004 con marcada tendencia acusatoria, propendiendo por la protección de bienes jurídicos de alta deferencia, como el amparo y garantía de derechos fundamentales del implicado y de la víctima en aras de obtener un orden social justo, modificaciones que recayeron sobre algunos artículos en su parte orgánica y no dogmática por lo que su interpretación de igual manera será bajo el principio de unidad constitucional y se realizar conforme a derechos fundamentales.

Ante las anteriores exigencias constitucionales, resulta de vital importancia propender por la garantía de dos pilares fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, la libertad y el debido proceso, principios que irradian la actuación procesal, resultando trascendental llamar la atención al lector sobre la necesidad de que todo acto realizado con ocasión a una indagación, necesariamente demanda un control judicial por parte de un juez de garantías o de conocimiento a fin de evitar posibles arbitrariedades por parte del ente acusador, enfatizando en la presente investigación la revisión previa que debe realizarse sobre la acusación.

Entendido este acto de parte, propio de la Fiscalía General de la Nación o su delegado, en el rol persecutor de la acción penal por mandato constitucional, exigiendo que el pliego de cargos sea el resultado de una acuciosa indagación que contenga una descripción fáctica, jurídica y probatoria completa, donde los hechos jurídicamente relevantes se describan con total claridad señalando las circunstancias de tiempo, modo y lugar proporcionando una materialidad concreta y no una abstracción producto del capricho, o la simple divagación del ente fiscal con el fin de mostrar resultados.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

A partir del 1 de enero de 2005 en Colombia, de manera progresiva se implementó el sistema penal con tendencia acusatoria. La dinámica misma del proceso considera la acusación como un acto de parte mediante el cual la fiscalía se reviste con funciones de acusador y “llama a juicio” al ciudadano sobre el que considera tener los elementos de prueba necesarios para demostrar ante un Juez la materialidad de la conducta y su responsabilidad.

La acusación se compone de dos escenarios diferentes que conforman un acto complejo. El primero, denominado escrito de acusación y el segundo, formulación de acusación propiamente dicha. Esta última no es otra cosa que leer el escrito de acusación en audiencia pública lo que implica la obligación por parte de la fiscalía de probar en juicio que la conducta señalada al procesado le es atribuible en términos de responsabilidad penal. El acto de acusación tiene un control de carácter formal descrito en los artículos 336 y subsiguientes de la norma en comento. No obstante se observa la ausencia de un control material de la acusación, con lo que se convierte la acusación en un mero acto procesal de comunicación reglado.

1.1 PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

El presente trabajo pretende desarrollar una crítica constructiva y clara frente al inicio de la etapa del juicio oral en el sistema penal con tendencia acusatoria colombiano con el escrito de acusación, toda vez, que no media control material

por parte de juez previo al juicio, lo que se contrapone a los sistemas adversariales que dieron origen al nuestro, señalando en este análisis que la carencia de un examen jurisdiccional por parte del juez del juicio oral viola garantías constitucionales del acusado.

Lo anterior encuentra fundamento en una de las actas de debate de la ley 906 Específicamente en el acta No. 009 del 14 de marzo de 2003, en la ciudad de Bogotá, donde expresó puntualmente el doctor Andrés Ramírez lo siguiente:

“no era necesario implantar esa etapa intermedia, puesto que el fiscal presenta la acusación ante el juez de conocimiento sin control por parte de la judicatura, lo que se condicionó a este control fue la preclusión. En este orden de ideas, precisó que la acusación es fáctica y se realiza en la audiencia en la cual la Fiscalía presenta las pruebas base de la acusación.”³

1.1.1 Problema de investigación

El problema planteado hace referencia a que si bien es cierto, en nuestro sistema penal acusatorio y su filosofía adversarial se considera la acusación como un acto de parte, que representa el nacimiento de la etapa de juzgamiento, y que debe contener una afirmación clara, precisa, específica y detallada de un hecho real que trasciende por su gravedad a la vida jurídica ante la vulneración de un bien jurídico tutelado definido por el legislador, también los es que se ha omitido el control material sobre dicha acusación fiscal, mostrando la necesidad de una fase intermedia como sucede en ordenamientos jurídicos de otros países.

Lo anterior obedece a que la titularidad del ejercicio de la acción penal en Colombia, es un monopolio de la fiscalía, a diferencia de otros sistemas que

³ La Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo 003 de 2002 acta 009. 14 de marzo de 2003.

permiten la interferencia del juzgador en las potestades acusatorias del persecutor público.

A pesar de que el fiscal es el detentador de la función acusadora, no por ello, se debe permitir que la decisión de llevar a juicio a un investigado sea un capricho del persecutor público, por esta razón, ésta debe ser sometida a un control previo y posterior por parte de un juez de garantías a fin de evitar arbitrariedades e improvisaciones.

Resulta contradictorio que en nuestro país, enmarcado constitucionalmente como un Estado Social y Democrático de Derecho, en la fase de la acusación no exista verdadera identidad jurídica entre el juez y el fiscal, al asumir el primero de éstos una posición pasiva frente a la propuesta acusatoria del segundo teniendo en cuenta que cumplen funciones diferentes en un sistema adversarial, y esta constituye un acto de parte que desata estímulos que provocan una actividad ajena, de ahí la importancia que esta, sólo puede obedecer a un mandato de orden jurisdiccional a fin de garantizar su legalidad.

1.1.2 Pregunta problemática

La pregunta problemática se traduce en los siguientes términos: ¿La ausencia de controles materiales al acto de acusación fiscal dentro de la Ley 906 de 2004, genera lesiones a las garantías constitucionales del acusado? ¿Es necesaria una reforma a la ley?

1.2 HIPÓTESIS

En este orden de ideas la hipótesis se basa en un sistema de tendencia adversarial, donde en principio es imperante la marcada separación de funciones entre el juez y el órgano de persecución penal en aras de construir juicios justos sin violación a derechos fundamentales, resultando dispendioso preservar el derecho de igualdad y defensa de quien es investigado, de ahí que en atención al principio de contradicción exige la posibilidad de descargos y la existencia de un juez imparcial que controle la acusación, rechazándola o admitiéndola, en cuyo caso dará apertura al juicio.

La ausencia de controles materiales al acto de acusación fiscal contribuye a que en algunos casos, los juicios no sean preparados responsablemente, por otro lado entorpece la posibilidad al acusado de defenderse, caso distinto acontece en otros sistemas adversariales, que implementaron la fase intermedia en los que existe la posibilidad de sanear formalmente los actos conclusivos de la investigación por contener errores o vicios susceptibles de corrección para evitar que la decisión judicial no sea invalida, dando la oportunidad a que las partes tengan la ocasión de corregirlos evitando que estos se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del juicio generando un detrimento patrimonial a la administración de justicia.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Analizar si la ausencia de controles materiales al acto de acusación fiscal dentro de la Ley 906 de 2004, genera lesiones a las garantías constitucionales de la parte acusada.

1.3.2 Objetivos específicos

Para desarrollar este trabajo investigativo se propone desarrollar los siguientes temas como objetivos específicos:

- Generalidades, naturaleza y normatividad del escrito de acusación en el SPA.
- Formulación de acusación y derecho a la defensa
- Argumentos jurídicos que actualmente permiten sostener dentro de la Ley 906 de 2004 una acusación fiscal sin controles.
- Analizar el requisito de la “*probable causa*”
- Determinar la posición del acusado y la inviolabilidad del derecho de defensa.
- Reflexionar acerca de la nulidad de la acusación.
- Creación de una etapa intermedia dentro de la Ley 906 de 2004 que permita controlar la actuación fiscal.

1.4 METODOLOGÍA

El método de investigación es el deductivo porque parte de teorías preestablecidas. Pero especialmente será el método inductivo indirecto porque la investigación se compone de argumentos lógicos compuestos de varias proposiciones, las cuales se comparan entre sí para descubrir una relación. La premisa mayor contiene la proposición universal, la premisa menor contiene la proposición particular, de su comparación resultara la conclusión. Como tipo de investigación se determinó el de carácter descriptivo y explicativo

El método hermenéutico como método de interpretación de textos legales, o de la legislación positiva en su conjunto, el método deductivo como procedimiento o camino que se sigue en sus diferentes pasos: observación del fenómeno a estudiar, creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia. De esta manera, se logrará combinar la reflexión racional o momento racional (la formación de hipótesis y la deducción) con la observación de la realidad o momento empírico (la observación y la verificación).

El tema de esta monografía es pertinente por ser un tema actual y de importancia en el mundo de derecho, toda vez, que se aborda un asunto de constante discusión en el ámbito jurídico, doctrinario y académico. Se quiere responder a los múltiples planteamientos y posturas que de alguna forma están afectando el desarrollo eficiente en la impartición de justicia. Este documento se desarrolló en diez capítulos. El primero describe las generalidades de la investigación, en los siguientes se trata el tema de la acusación, concepto naturaleza y estructura; el control judicial de la misma; el escrito de acusación y el derecho a la defensa; la

nulidad de la acusación, para terminar con algunos aportes personales sobre el tema y la propuesta alternativa de un proyecto de ley con el propósito de incluir la etapa intermedia de control al escrito de acusación.

2. LA ACUSACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA LEY 906 DE 2004

Colombia a través del Acto Legislativo 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, modificó la estructura procesal penal con el fin de intensificar sus contenidos acusatorios y superar la impronta inquisitiva del sistema procesal anterior. Para tal efecto, se especializó a la fiscalía en la investigación y acusación; las afectaciones de los derechos fundamentales con ocasión de la investigación se radicaron en el juez de garantías; se concibió el proceso penal como sinónimo de juicio y se lo sujetó a deberes y principios probatorios orientados a asegurar que la sentencia se apoyara en la información introducida y validada pública y realmente en el juicio.

En cuanto a la Fiscalía, la Constitución Política le impuso la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revisten las características de un delito que llegue a su conocimiento, ello siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En cumplimiento de dicho mandato la Fiscalía puede realizar excepcionalmente capturas; adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones; asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción; solicitar las medidas necesarias para que sea efectiva la presencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad especialmente de las víctimas, presentar escrito de acusación como producto de un allanamiento a cargos por parte del acusado o como un preacuerdo o cuando no ha operado ninguna de las anteriores hipótesis, solicitar la preclusión de la instrucción o solicitar la aplicación del principio de oportunidad; en el evento de presentar escrito acusatorio, por conducto del juez de conocimiento, proporcionar todos los elementos materiales probatorios e información que tenga noticia, incluidos aquellos que favorecen al procesado;

solicitar medidas para la protección a las víctimas; velar por la protección de los intervinientes en el proceso penal, y dirigir y coordinar las funciones de policía judicial.

En cuanto al juez de garantías, la Constitución Política le atribuyó el control de las capturas; de los registros y allanamientos, incautaciones e interceptaciones realizadas por la fiscalía; impartir legalidad a la formulación de imputación; la imposición de las medidas de aseguramiento personales; la autorización de las medidas adicionales que puedan afectar derechos fundamentales, y el control de la aplicación el principio de oportunidad, entre otros.

La Constitución le asignó al juez de conocimiento la facultad de declarar las preclusiones solicitadas por la Fiscalía y adelantar juicios sujetos a los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, concentración y con todas las garantías.

En el mismo sentido, la Constitución Política fijó la estructura básica de acusación y juzgamiento y, de manera consecuente con ello, asignó roles a la Fiscalía y a los jueces de conocimiento. No obstante, no se previó de manera expresa el control sobre la acusación, temática que quedó relegada a la capacidad de configuración normativa del legislador.

En nuestro ordenamiento se faculta a la fiscalía, para que una vez reciba la noticia criminal, en términos muy generales, persiga a los autores y partícipes de los actos que tengan las características de una conducta reprochable por la justicia, realice todos los actos de investigación a fin de averiguar si la conducta existió, que la misma es constitutiva de delito y la existencia de autores y partícipes, con el propósito de solicitar el procesamiento de los mismos. Recaudar, descubrir, enunciar y solicitar los medios de conocimiento que hará valer en el juicio oral, formular imputación o archivar las diligencias, celebrar preacuerdos, presentar

acusaciones o solicitar la preclusión de la investigación, dar aplicación al principio de oportunidad, demostrar en juicio su teoría del caso, solicitar condena o absolución y manifestarse en relación con la individualización de la pena.

De la anterior reseña de funciones a cargo de la fiscalía, se resalta que la acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia. Por eso la acusación debe ser concreta y completa pues si no se prestaría a la injusticia y arbitrio judicial; ante todo se debe asegurar el debido proceso y demás garantías del procesado.

2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

La formulación de acusación en el sistema penal con tendencia acusatoria es el proceso por medio del cual se puntualiza la función de acusar atribuida a la fiscalía, es un acto de parte mediante el cual se materializa la acción penal ante el juez de conocimiento, cuando exista probabilidad de verdad con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida acerca de la existencia de la conducta delictiva investigada y de la responsabilidad que se pueda atribuir al imputado. En el sistema vigente, la acusación propiamente dicha, se entiende como el escrito que el Fiscal que investiga presenta ante el juez competente, o de conocimiento, para que se adelante el juicio cuando se pueda aseverar con alta probabilidad de verdad que la conducta punible investigada existió y que el imputado es autor o ha participado en ella.

Entendida así la acusación se considera como un acto complejo integrado por dos elementos a saber: 1. La presentación del escrito de acusación 2. La formulación de la acusación ante el Juez de Conocimiento.

Se constituye así la audiencia de formulación de acusación como el evento procesal en el que el fiscal ante un juez acusa formalmente a una persona como presunto responsable de la comisión de un delito. El escrito de acusación debe contener la identificación del acusado, una relación clara de los hechos que constituyen la imputación fáctica y jurídica de la conducta que se le atribuye como también su adecuación típica, es decir, que la conducta encuadre, o se subsuma dentro de uno de los tipos penales contemplados en el Código Penal.

Nuestro sistema procesal penal, por ser eminentemente adversarial, “el fiscal no está obligado a recaudar elementos probatorios que exoneren de responsabilidad

al imputado, como sí era obligatorio en el sistema anterior, ya que su función esencial desde el punto de vista procesal se circunscribe a desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña a toda persona sometida a investigación, sin embargo cuando la Fiscalía encuentra evidencias que resulten favorables a los intereses del acusado, debe ponerlas a disposición de la defensa”⁴, puesto que es un sistema de partes.

Durante la audiencia de formulación de acusación al juez de conocimiento le corresponde ordenar el traslado del escrito de acusación a las partes para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad que considere concurren, como también, para que formulen las observaciones que estimen en relación con el escrito de acusación, especialmente cuando éste no reúna los requisitos contemplados en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de que el Fiscal las aclare, modifique o corrija.

La probabilidad de verdad que se requiere para la presentación de la acusación, debe entenderse como un conocimiento exento de duda por parte de la fiscalía, en el entendido de que la conducta punible ha existido y que el imputado es su autor o ha participado en ella. En esta audiencia se reconoce por parte del juez de conocimiento la calidad de víctima de las personas naturales o jurídicas que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del delito.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el escrito de acusación es un acto exclusivo de la fiscalía, se presenta cuando hay probabilidad de verdad de que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. El magistrado José Leonidas Bustos ha expresado que “la acusación no puede ser realizada en cualquier momento ni de cualquier forma. El

⁴ BOLIVAR ACUÑA, Miguel. La formulación de la acusación en materia penal, en el Heraldo,co. En: <http://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/la-formulacion-de-acusacion-en-materia-penal-127282>. Consultado el 2 de febrero de 2015.

escrito acusatorio se introducirá cuando el fiscal considere, con base en la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados, que puede afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, respetando los términos legalmente estipulados para ello. (...) Con el propósito de satisfacer el perfecto conocimiento de la acusación y afirmar los derechos que de ella se activan, el legislador reguló de manera estricta los aspectos que el escrito acusatorio debe contener.”⁵

De lo anterior se infiere que el escrito de acusación es el “instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente, mediante el cual acusa formalmente a una persona a quien considera le cabe responsabilidad penal por la autoría o participación en el delito por el que se procede.”⁶

En cuanto a su naturaleza se dice que la formulación de acusación es el instituto procesal mediante el cual se concretiza la función de acusar, que ha sido atribuida a la Fiscalía General de la Nación por la Constitución Política y la Ley. Es el acto dispositivo por medio del cual, aquella materializa debidamente la acción penal ante el juez de conocimiento.

En palabras de Avella Franco “el rango de persuasión exigible para proceder a acusar se remite a probabilidad de verdad inferida a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, recaudados durante la investigación, respecto de la existencia de la conducta

⁵ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Número de proceso : 39894 Número de providencia : SP1392-2015 Magistrado Ponente José Leonidas Bustos, Bogotá, D.C; 11 de febrero de 2015

⁶ BOLIVAR ACUÑA Miguel. Manual del sistema penal acusatorio. (ley 906 de 2004). Universidad Simón Bolívar. Barranquilla 2010.

delictiva y el compromiso de responsabilidad que se atribuye al imputado de ser su autor o partícipe”⁷, acorde lo reglamenta el artículo 336 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente en esta etapa, se da inicio al procedimiento de descubrimiento de la evidencia, y es en este momento del proceso cuando el fiscal encargado presenta a la defensa, en presencia del juez, los elementos de evidencia y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral.

En palabras de la Corte Constitucional Sentencia C-390 de 2014 la formulación de la acusación “(...) es un acto complejo, que se conforma por dos oportunidades procesales: (i) por una parte, el escrito que presente la fiscalía ante el juez del conocimiento y (ii) por otra, la formulación oral de la acusación que se haga dentro de la audiencia del mismo nombre. Tal acto complejo se traduce a su vez en un procedimiento formalizado que se desarrolla a través de: (i) la presentación del escrito de acusación ante el juez competente, (ii) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, la fijación de la fecha para la audiencia de formulación de acusación y (iii) la realización de la audiencia.”⁸

Mediante este documento se informa al juez de conocimiento los hechos que constituyen la conducta punible, en los que ha sido participe una persona contra quien se le formula cargos en calidad de autor o partícipe, con soporte en elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información que se ha obtenido de forma legal, a partir de los cuales, como se ha indicado, en este estadio procesal se exige un conocimiento con probabilidad de verdad.

⁷ AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. Bogotá D.C. 2007. Pág.126.

⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-390/14 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 317 (parcial) de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1453 de 2011. Referencia: expediente D-10009. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos Bogotá D.C., 26 de junio de 2014.

3. CONTENIDO, REQUISITOS, ESTRUCTURA, HECHOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA PROPUESTA ACUSATORIA DEL FISCAL.

La acusación, es por excelencia el acto mediante el cual se entra en la relación jurídico procesal permitiendo la confrontación “entre partes” en el proceso. En la formulación de la acusación la Fiscalía llama ante un juez de conocimiento al procesado, informándole a este y a su abogado defensor, los hechos por los que está llamando a juicio al procesado o procesados y cuál es el contenido de los elementos materiales probatorios, los medios de prueba, las evidencias y la información con los que pretenderá demostrar su teoría del caso de responsabilidad. En palabras de Eberhard Schmidt el ente acusador desde la función acusatoria, afirma “...Pero su función no es mantener a todo trance esta sospecha y obtener la condena del acusado. En el caso que esta fuera su función, se podría decir que la absolución a que conduce la aplicación del principio “in dubio pro reo” significa una “derrota” o un “perjuicio” para el Ministerio Público. Pero es que su verdadera tarea consiste en que, junto con el tribunal, aspira a que se dicte una sentencia justa...”

3.1 CONTENIDO DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

El escrito de acusación debe contener como lo afirma la Ley 906 de 2004,⁹ “la individualización del acusado, con indicación de su nombre, los datos que permitan identificarlo y su domicilio para las citaciones; una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, la imputación fáctica y jurídica de la conducta que se le endilga, describiendo de manera sintética las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el hecho se realizó y su adecuación típica; una relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso; el nombre y

⁹ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 337 Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.

ubicación del defensor de confianza o del designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública; y el descubrimiento de las pruebas, efecto para el cual se presenta un documento anexo.”¹⁰

En este último se incluyen los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas; nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicita en el juicio; los elementos materiales probatorios y evidencia física que se quieran aducir en juicio, junto con el nombre de los testigos por medio de los cuales se acreditarán.

Igualmente se indican los eventuales testigos o peritos a favor de la defensa, junto con las direcciones y otros datos personales, cuando la Fiscalía los ha advertido en el ejercicio de la actividad investigativa; así como los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información favorable al acusado y que la fiscalía tenga en su poder.

Sobre el tema explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005 citada en precedencia, lo siguiente: “Por ello, al haberse transformado su objeto

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., 22 de noviembre de 2005.

Según el Artículo 337 del CPP: El escrito de acusación deberá contener:

“1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones. 2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible. 3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública. 4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso. 5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a) Los hechos que no requieren prueba. b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo. c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio. d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación. e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales. f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía. g) Las declaraciones o deposiciones.

Contenido de los anexos al Escrito de Acusación:

• Hechos que no requieren prueba. • Pruebas anticipadas. • Relación de testigos y peritos • Los EMP que pretendan aducirse • La prueba de descargo • Elementos favorables al acusado • Las declaraciones.”

institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado”¹¹. La investigación adelantada por el fiscal encargado, se centra principalmente en desmontar la presunción de inocencia que tiene constitucionalmente la persona que es objeto de investigación, lo que no significa que, de encontrarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa.

En el mismo sentido el Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra en la sentencia en mención aduce que “mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso”¹².

Comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los siguientes extremos: “Los hechos punibles que resulten del sumario, la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan. la participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios, los hechos que resulten del sumario (sic) y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal, las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.”¹³

¹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., 22 de noviembre de 2005.

¹² Ibid;

¹³ (En línea) _ Consultado en diciembre de 2014.

La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio del despacho judicial.

Jorge Echeverría G. presenta una serie de elementos que debe llevar implícita la acusación¹⁴, plantea que el fiscal al decidir sobre la solución aplicable a un caso no puede hacerlo según sus sentimientos o paradigmas personales, sino conforme a la ley y el derecho aplicable a los hechos. Igualmente expresa que “la acusación es producto de un análisis jurídico- crítico de la prueba y del hecho, del que se obtiene la convicción sobre una hipótesis sostenible racionalmente en juicio”¹⁵.

Para ello el fiscal debe evaluar, al menos, el cumplimiento de cuatro requisitos:

1. Sobre la base de una investigación completa y valorando toda la información disponible, debe establecer que los elementos probatorios demuestran la responsabilidad del imputado y el hecho punible.
2. Determinar que los medios de prueba hayan sido legalmente obtenidos.
3. Establecer la existencia de medios de prueba suficientes para sustentar la coincidencia entre la identidad física del sujeto activo del hecho y la humanidad de la persona a la que se le va a hacer la imputación.

¹⁴ ECHEVERRIA, Jorge. Guía para la formulación de acusaciones, en curso: formulación de la acusación antología unidad de capacitación y supervisión ministerio publico marzo 2005. Página 89 y siguientes

¹⁵ Ibid; página 90

4. Evaluar la fuerza de la prueba para justificar la condena por un juzgador razonable y objetivo, teniendo en cuenta la consideración de cualquier defensa previsible.

El fiscal que redacta la acusación asume dentro de su rol profesional, las aserciones que va a hacer, debe basar su pronunciamiento en la realidad probatoria objetivamente apreciada y en el razonamiento lógico.

La descripción de los hechos consiste en una narración simple del suceso y de la conducta desplegada por él o los imputados y la explicación de que fuentes probatorias se extrajo la información. El lenguaje debe ser comprensible, claro sencillo, común y fluido; deben contextualizarse los hechos con circunstancias antecedentes, temporales o espaciales; describirse las relaciones que existen entre los partícipes; tratándose de delitos de propia mano deben describirse las calidades del sujeto activo.

El escrito debe contener una breve y clara explicación del respaldo probatorio de cada una de las afirmaciones que hizo en la relación de los hechos, con lo cual está denotando su objetividad, la pertinencia y la utilidad de cada medio de prueba citado. En cuanto a la estructura del escrito de acusación¹⁶ se han decantado algunas recomendaciones:

1. ENUNCIACIÓN DE AUTORES Y PARTÍCIPES Se debe evitar una equívoca enunciación de autores y partícipes: o un error en la identificación de la víctima: Lo que afecta la legitimación del titular para aplicar medidas alternas.

¹⁶ ECHEVERRÍA, Jorge. GUIA PARA LA FORMULACION DE ACUSACIONES, en CURSO: FORMULACION DE LA ACUSACION ANTOLOGIA UNIDAD DE CAPACITACION Y SUPERVISIÓN MINISTERIO PUBLICO MARZO 2005. Página 8 y siguientes

2. RELACION DE HECHOS: Contempla las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los hechos no se numeran ni se citan por acápite. Un solo párrafo puede tener varios hechos, o un solo hecho se separa en varios párrafos. Se debe evitar la desconexión del hecho con la teoría del caso: El hecho se narra de acuerdo con todas y cada una de las exigencias del tipo penal. La descripción de hechos no se debe tornar confusa, debe estar amarrado a la acusación. El orden de las acciones tiene un sentido lógico – Si se citan fórmulas jurídicas propias del tipo penal¹⁷, es necesario explicar cómo funcionaron en el hecho histórico.

Recomienda el autor que es de vital importancia en el escrito individualizar los autores, no olvidar el verbo rector del tipo. Valorar las acciones en concurso.

3. ACUSACION SUBSIDIARIA O ALTERNATIVA: Cuando se utilice la acusación subsidiaria o alternativa delimitar todas las hipótesis, vinculando la prueba respecto de cada hecho.

4. PRETENSIÓN: No realizar solicitudes erróneas en la formulación de la acusación.

3.2 REQUISITOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

Es así, por virtud de la formulación de acusación que dentro del proceso acusatorio se entabla la relación contenciosa entre la Fiscalía y la parte representada por el procesado y quien lo defiende, facultando el proceso de partes que surge de los cargos en concreto presentados por la Fiscalía, además del correspondiente descubrimiento probatorio.

¹⁷ Por ejemplo “plan preconcebido”, – “previa distribución de funciones”, – “para obtener un bien patrimonial antijurídico”, – “lo desapropió con violencia”, – “lo amenazó gravemente”, – “lo amenazó con arma de fuego” – “con intención homicida”

En cuanto a los requisitos del escrito de acusación:

- La primera característica y requisito de validez del escrito de acusación es que debe presentarse por la fiscalía con precedencia a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, dicho escrito debe contener elementos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, así como su denominación jurídica, y el anexo que debe contener la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recogido la Fiscalía en su trabajo de investigación.
- La segunda característica es la de ser la fase intermedia entre la investigación y el juicio.
- El escrito de acusación no puede ser controvertido por la defensa o el procesado, ni es objeto de control judicial, con lo cual, la sola pretensión del acusador da inicio a la fase del juicio.
- La acusación sólo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella, esto es, controvertir su mérito.
- Es de apertura mediada, es decir, se presenta como obligatoria e ineludible esta fase intermedia, en la cual el juez hace una especie de control negativo a la acusación, posibilitando o no que se pueda adelantar el juicio.

Acerca del trámite de la audiencia de formulación de acusación el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 señala que “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, ministerio público y defensa para que expresen oralmente las causales de

incompetencia, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.”¹⁸

Resuelto lo anterior se dará la palabra al representante de la fiscalía para que presente y formule la acusación.

Es mandato que el juez presida la audiencia y para que ella sea válida es imprescindible la presencia del Fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que este último exprese su negativa a hacerlo o su renuencia a su traslado. También podrá concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.

La Corte Suprema de Justicia aclara que “de ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados”¹⁹.

Las partes e intervinientes, a su vez, sólo se les permite hacer pronunciamientos o solicitudes relacionados con el inicio del descubrimiento probatorio; la existencia de causales de impedimento, incompetencia o nulidades, también se faculta a la

¹⁸Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)" Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Artículo 339. Editorial Leyer. 2014.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal Magistrados Ponentes: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Dr. Alfredo Gómez Quintero Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010.

fiscalía para que solicite la acumulación de causas por vía de conexidad, acorde con el artículo 51 de la Ley 906 de 2004; o la necesidad de que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito de acusación, si no cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 337 ya referenciado.

En Colombia el control de la acusación en la ley 906 de 2000 –que, por lo demás, opera mixta, pues no implica apenas la verificación de los aspectos formales, sino la depuración del proceso y el primer momento fuerte de descubrimiento probatorio- no apareja la intervención del juez en aspectos materiales, lo que no significa que su importancia sea menor, a diferencia, del papel trascendente de la etapa intermedia en el trámite regido por la Ley 600 de 2000, pues en aquella había un cierre de la investigación, luego se ordenaba traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para que presentaran las solicitudes que consideraran necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación, finalmente la fiscalía calificaba el sumario con resolución de acusación o preclusión de la investigación, permitiendo la oportunidad a los sujetos procesales de interponer recursos contra dicha decisión.

Ahora bien, en la Ley 906 de 2004 el trámite de la formulación de acusación es el siguiente²⁰: Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del escrito de acusación elaborado por el fiscal que adelanta la correspondiente investigación, el juez de conocimiento asignado al caso señala fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia de formulación de la acusación que tiene como finalidades específicas las siguientes:

- Dar traslado del escrito de acusación a la defensa y al Ministerio Público para que expresen oralmente las causales de incompetencia o impedimento, si las

²⁰FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. 2005. Páginas 92 y siguientes.

hubiere, y en ese caso dar trámite legal para que el superior resuelva lo pertinente en el término previsto para ello.

- Escuchar las observaciones de los demás intervinientes sobre el formato de acusación. En caso de que no satisfaga los requisitos de ley, lo devuelve al fiscal para que lo aclare, adicione o corrija de inmediato.
- Permitir que el fiscal delegado exponga oralmente los fundamentos de la acusación.
- Reconocer la calidad de víctima a quien se constituya como tal y a quien la represente legalmente.
- Disponer, si así lo solicita el fiscal delegado, medidas de protección integral a las víctimas y testigos si los hay.

Es requisito para la validez de la audiencia, como se señaló en precedencia, la asistencia obligatoria del juez de conocimiento que la preside, el fiscal, el defensor y el acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o se muestre renuente a su traslado. También podrán asistir, sin que sea forzosa su presencia, el acusado no privado de la libertad, la víctima y el ministerio público.

Iniciada la audiencia, el juez de conocimiento da traslado del escrito de acusación a la defensa y al ministerio público y continuación concede la palabra al fiscal, ministerio público y defensa para los fines anteriormente descritos.

Si se considera necesario efectuar aclaraciones, adiciones o correcciones al contenido de la acusación y el juez las ve admisibles, solicita al fiscal que de inmediato las realice según el caso, y después le concede la palabra para que

oralmente formule la acusación y exprese el contenido del preacuerdo a que llegó con el imputado, si lo hubo.

La probabilidad de verdad para efectos de presentar el escrito de acusación ha de entenderse por el fiscal como su convencimiento razonable de que a partir de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas o informaciones legalmente obtenidas, podrá conseguir en el juicio oral la prueba necesaria para convencer al juez más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En el escrito de acusación, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física es apenas formal, porque el descubrimiento real está diferido a las audiencias posteriores, circunscrito a lo que las partes soliciten y que se autorice por el juez.

Queda demostrado así que en el sistema penal con tendencia acusatoria colombiano, el escrito de acusación no tiene control de legalidad sustancial o material por cuanto en la audiencia de formulación de acusación, ni el juez de conocimiento ni las partes pueden cuestionar sustancialmente el escrito de acusación, pues sólo proceden observaciones sobre sus requisitos formales las cuales, de prosperar, deben ser incorporadas a la acusación inicial.

Contrario a ello, en la Ley 600 de 2000 la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación, caracterización que, entre otras cosas, implica su mutabilidad dentro de la fase de juzgamiento. La Corte al respecto había dicho que “el trámite establecido en el artículo 404 de la Ley 600 del 2000 no era vinculante para el juez porque este podía dictar su fallo por la conducta punible y circunstancias tipificadas en la resolución de acusación; o por las fijadas por la fiscalía en el trámite de la variación; o por las propuestas en la misma sede

por el juzgador; o por una conducta diversa siempre que sea atenuada y respete la esencia de la imputación fáctica”.²¹

3.3 LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Las evidencias en el proceso deben ser descubiertas oportunamente. Hoy existe claridad en cuanto a la posibilidad de descubrir los medios de conocimiento con el escrito de acusación como se delimitó en pretérita oportunidad, en la audiencia preparatoria y excepcionalmente en la etapa de juicio y por ello el régimen legal del descubrimiento debe interpretarse con un criterio amplio y no formalista. Para tomar una decisión en torno a la viabilidad de las solicitudes probatorias de la fiscalía en audiencia preparatoria deben tenerse en cuenta los derechos de las víctimas, reconocidos hoy en la Constitución y en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

²¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 600 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Temis 2014. “Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así: 1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias. Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes. Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones. 2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.”

El deber de descubrimiento probatorio de la fiscalía ocupa un lugar central en la estructura del nuevo proceso penal colombiano al punto de que ha sido consagrado, de manera expresa y clara, por el inciso 9 del artículo 250 de la Constitución Política: “En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberá suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos materiales probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”.²²

Esa fundamentación del deber de descubrimiento que la Constitución le impone a la fiscalía, explica la forma como opera en el curso del proceso: en tanto que aquella debe descubrir sus medios de conocimiento en el escrito y en la audiencia de acusación, la defensa debe cumplir su deber legal de descubrimiento en la audiencia preparatoria.

En cuanto a la regla general, hay que indicar que, con fundamento en lo dispuesto por la Constitución Política, el CPP ha ordenado, en los artículos 337 y 344, que hay lugar al descubrimiento probatorio de la Fiscalía en el escrito y en la audiencia de acusación y, como aquella lo ha indicado, lo que se debe descubrir es todo aquello de que la Fiscalía “tenga noticia”.

Y en relación con la excepción, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y a propósito del famoso “Caso Colmenares”, se ha expresado de la siguiente manera: “hay que anotar que lo que es susceptible de descubrir en momentos procesales posteriores a la acusación es solo aquello de que la Fiscalía no tenía noticia al momento de la acusación; camino por el cual se llega a la esencia del descubrimiento extemporáneo de la Fiscalía: hay lugar a éste cuando el descubrimiento oportuno no fue posible por causas no atribuibles a ella. Y también aquí con argumentos: el descubrimiento extemporáneo está previsto para legitimar el ingreso al juicio de pruebas sobrevinientes que la Fiscalía no estuvo en

²² Colombia. Constitución Política. Artículo 250. Numeral 9. Editorial Leyer 2014.

capacidad de conocer o prever con un despliegue responsable de su órbita funcional, pero no para superar pasadas deficiencias investigativas o descuidos procesales. Es ese carácter sobreviniente e imprevisible lo que torna legítima la consecuente afectación del derecho de defensa implícita en todo descubrimiento tardío. Y en sentido contrario, descubrimientos extemporáneos que no se atengan a esos condicionamientos, son ilegítimos y no deben permitirse porque conllevarían afectaciones injustificadas de los derechos del acusado.”²³

En tal virtud, si bien puede afirmarse, con evidente acierto, que el descubrimiento probatorio de la Fiscalía es progresivo, como quiera que puede haber lugar a él desde el escrito de acusación, hasta el juicio oral; tal progresividad debe entenderse sin desconocer ese contexto de fundamentación constitucional y desarrollo legal del proceso penal.

La fiscalía tiene el deber de descubrir las pruebas con las que pretende demostrar los supuestos fácticos de su teoría del caso y que debe hacerlo en el escrito de acusación y en la audiencia de acusación. Pero también es claro que, en situaciones excepcionales, está legitimada para solicitar que se le autorice un descubrimiento extemporáneo. Sin embargo, para que tal petición prospere debe cumplir una carga rigurosa: acreditar que en esos momentos procesales no tuvo noticia de esas pruebas y que su no descubrimiento oportuno no le es atribuible por falta de diligencia.

Frente a ello, los jueces, en garantía del equilibrio procesal, tienen el deber de verificar que esa carga se cumpla. Si se incumple, el descubrimiento extemporáneo debe rechazarse y ello por más que se invoquen temáticas como el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal, la prevalencia del derecho sustancial y los derechos de las

²³ COLOMBIA. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Magistrado ponente José Joaquín Urbano Martínez. Bogotá 12 de septiembre de 2012.

víctimas, pues esas referencias no tiene la virtualidad de subsanar las propias omisiones: se debe entender que los acusados son titulares del derecho fundamental a un juicio justo, reconocido también por normas jurídicas nacionales e internacionales, y que parte importante de ese derecho está constituido por el cumplimiento riguroso de los presupuestos que condicionan un descubrimiento extemporáneo de las pruebas de la acusación.

Para decirlo con otras palabras: no cabe ninguna duda en cuanto a que el proceso penal se orienta a aproximarse razonablemente a la verdad o mejor llegar a un conocimiento que supere toda duda con relación al delito y a la responsabilidad penal del acusado, fundamentado en las pruebas controvertidas en el juicio, y sobre esa base, administrar justicia. Sin embargo, en una democracia constitucional, ello no se puede hacer de cualquier manera sino en un contexto de estricto acatamiento de los derechos de los distintos intervinientes. En últimas, en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, el Estado tiene barreras de contención que no puede superar sino a costa de su propia legitimidad. Y los jueces existen, entre otras cosas, para evitar que se sobrepasen esos límites de civilidad del proceso penal actual.

3.4 LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA ACUSACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En lo concerniente a la calificación jurídica, es importante resaltar que cumple una especial función relacionada con los derechos de defensa y de contradicción, pues, permite delimitar la actuación del Estado y, por ende, frente a qué debe responder el individuo, quien, de acuerdo con ella, asumirá determinada posición activa (recopilando las pruebas que sirvan para sostener la presunción de inocencia) o pasiva (a la espera de que el Estado agote su tarea tendiente a desvirtuar esa presunción).

Cuando el proceso penal se adelanta de manera normal, en los alegatos de clausura la fiscalía efectúa la calificación jurídica definitiva, pues, en relación con ésta se predica la congruencia; esto significa que las calificaciones anteriores que haga la fiscalía son provisionales y que, por tanto, las mismas pueden variar hasta ese momento final.

Al fijar una calificación jurídica en la acusación, así sea provisional, la Fiscalía pone un límite máximo a su pretensión punitiva; de superarlo en su alegación final, se sorprende al acusado, quien no esperaba una agravación de su situación.

Es posible que la fiscalía varíe la calificación jurídica en los alegatos de clausura; pero nunca para hacer más severo el cargo formulado. Podría, por tanto, cambiar la tipificación del delito por uno menor o atenuar la conducta o las formas de participación o de culpabilidad; pero no aumentar la carga para el enjuiciado.

“Al analizar el contenido del artículo 448 de la ley 906 de 2004, a la luz del anterior marco teórico, se concluye que la fiscalía, al presentar sus alegatos de clausura, sí puede cambiar la adecuación típica que hizo en la formulación de acusación, siempre y cuando a la misma se adecúen los hechos presentados en ésta y la nueva calificación no agrave la situación del enjuiciado”.²⁴

Por ello, los fiscales deben prestar especial atención a la forma como presentan los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación, en un lenguaje comprensible (artículo 337 de la ley 906), con el fin que de esa historia la defensa pueda conocer de manera razonable qué hipótesis delictivas pueden surgir, y preparar, con esa orientación, su estrategia. Mientras más clara y circunstanciada

²⁴ COLOMBIA TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

ARMENIA, QUINDÍO, Magistrado ponente: JHON JAIRO CARDONA CASTAÑO. Aprobado según acta 103. Audiencia de lectura de fallo. Julio veintisiete (27) de dos mil siete (2007).

sea la narración de los hechos, habrá una mayor garantía para el derecho de defensa.

3.5 CONTROL JUDICIAL DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN²⁵

Para acusar debe existir una alta probabilidad de verdad, a partir de elementos probatorios y evidencias físicas, es así como la formulación de la acusación constituye el procedimiento de concreción de la función acusadora constitucional y legalmente asignada a la Fiscalía General de la Nación, de lo que podemos preguntarnos si viola garantías fundamentales del imputado y desconoce la tradición jurídica colombiana, en el nuevo sistema acusatorio implementado en Colombia desde el 1 de enero de 2005, la falta de control por parte de un juez y la carencia de intervención del acusado o defensor.

A pesar de existir en la etapa de indagación, en la de investigación o inclusive en el juicio oral, mecanismos que garantizan imparcialidad e igualdad entre las partes, no existe un control al inicio de la etapa de juzgamiento, toda vez que desde la formulación de imputación y la presentación de la acusación el fiscal en su rol persecutor realiza su actividad sin control jurisdiccional, situación que deja en desventaja al indiciado al no poder controvertir los cargos imputados, que en muchas oportunidades no corresponde a una labor acuciosa, partiendo de esta premisa nuestra investigación pretende demostrar la necesidad de mesurar el poder otorgado para llevar a juicio un acusado.

La Ley 906 de 2004 es clara en estipular las pautas sobre la acusación, en los siguientes términos:

²⁵ ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. EL CONTROL DE LA ACUSACION FISCAL EN LA ETAPA INTERMEDIA. Juez Superior Provisional de la Corte del Callao. Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de San Marcos. Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP

“Art. 286 La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se levanta a cabo ante el juez de control de garantías

“Artículo 336. El Fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe.

Artículo 339.- Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación o las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente la causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.”²⁶

De la normatividad referida anteriormente se observa que el poder otorgado a la Fiscalía para imputar y acusar, si bien refieren a un control en el art 289 de la ley 906 de 2004 que refiere a las formalidades de la formulación de la imputación y art 337 de la ley 906 de 2004 que refiere al contenido de la acusación y documentos anexos.

El problema jurídico puesto a consideración se resume en determinar en el contexto del proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004 la necesidad de una etapa intermedia de control judicial al escrito de acusación, y cómo su ausencia puede llegar a vulnerar derechos fundamentales del procesado.

²⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Temis 2013

La ley 906 de 2004 dejó sin control judicial el escrito de acusación, pues de otra manera no se podría predicar división de funciones entre investigación y juzgamiento si el acto que concreta el resultado de las averiguaciones, como es la acusación, fuera corregido, cuestionado, o validado por el juez, actividad en la cual se comprometería inapropiadamente con su éxito reflejado en una segura condena; y no se podría pregonar la igualdad de las partes cuando la posición procesal de una de ellas es avalada por el juez llamado a dirimir la –hasta entonces- desequilibrada controversia; y qué no decir de la aparente imparcialidad de un juez que ya ha cobijado con su aprobación una acusación que anuncia un debate que apenas comienza.

Consecuente con lo anterior, se entiende que se la ley asigna a la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y en su condición de parte tiene unas obligaciones y deberes legales y constitucionales que debe cumplir a partir del uso de una serie de facultades investigativas ejercidas de manera autónoma y responsable; lo mismo que la defensa y el representante del Ministerio Público a quienes la ley también les asigna sus propias tareas en función del enfrentamiento procesal; al igual que el juez en su condición de árbitro imparcial está llamado a dirigir la disputa.

Dentro de las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación se encuentra la de “adelantar el ejercicio de la Acción Penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento.”²⁷ (Artículo 250 inc. 1º), y además, en caso de ser procedente “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento” (250.4).

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal a partir del artículo 200 indica la forma en que habrá de realizarse la investigación y los recursos con que la fiscalía cuenta para el ejercicio de la acción penal, y lo que debe satisfacer

²⁷ Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 250. Editorial Leyer. Bogotá 2014.

probatoriamente para realizar imputación, acusación y solicitar condena, o de otra parte, para pretender la preclusión de la investigación o pedir absolución.

Se ve pues que el ejercicio de la acción penal le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, y la acusación entendida como un acto de parte no tiene control judicial, ni en su elaboración participa el juez insinuando ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que estar en manos exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal asignado al caso. Y no podría ser de otra manera por cuanto siendo el fiscal el único conocedor del rumbo de la investigación, es a él y solo a él a quien corresponde predecir si prospera la acusación y atender sobre los elementos de prueba que anunciará, descubrirá, mostrará, incorporará y debatirá en el juicio, en pro de buscar el éxito de su acusación.

Si se está frente a un escrito de acusación, es claro para la Corte que el juez tiene limitada su participación a la tramitación del mismo, por lo que en tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, de acuerdo con el inciso final del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, “procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”²⁸. Así, se puede concluir sin duda que en el sistema procesal contenido en la Ley 906 de 2004 no se fijó un control judicial al escrito de acusación; distinto de uno meramente formal, esto es, dirigido a que dicho documento contenga los elementos mínimos con los cuales se dará inicio al juicio, los que se enlistan en el artículo 337 de dicha normativa.

Así, es la Fiscalía la titular de la acción penal y la responsable de su éxito o de su fracaso en el desarrollo del juicio, lo cual depende esencialmente de una

²⁸ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)" Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Leyer. 2014.

acusación bien fundamentada. Pero, además, es gracias a un escrito de acusación suficientemente soportado de donde surge la precisión para la defensa de cuál será la discusión epistemológica del juicio, y cuáles los puntos débiles de la causa de la Fiscalía para formular su teoría del caso, preparar sus contrainterrogatorios, y en fin, concretar el ejercicio de su derecho a partir de la búsqueda del éxito de su posición procesal.

Por tal razón, un escrito de acusación con demasiada información, contrario a ser un atentado contra los derechos del imputado, es una fuente de oportunidades para el ejercicio del derecho de defensa, y a la vez, límite para la Fiscalía de cara al principio de congruencia.

En todo caso, el papel de la Fiscalía General de la Nación y sus agentes en torno de la prosperidad del ejercicio de la acción penal, es desvirtuar la presunción de inocencia de aquellos contra quienes existen suficientes elementos de convicción que conduzcan a que se les catalogue como autores o partícipes de los delitos que aquella investigó, y por tanto solicitar su condena.

Eso sí, es el juez, el llamado a dirimir la controversia suscitada entre fiscalía y defensa, en torno de si se destruyó o no la presunción de inocencia en la vista pública, debate que se origina justamente con la radicación del escrito de acusación.

Precisamente, eso explica la exigencia del artículo 336, norma que advierte que podrá radicarse la acusación, “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”, afirmación que corresponde ser realizada por la Fiscalía, luego de un proceso de valoración de tales elementos de convicción, gracias al cual la

parte evalúa si se satisface la exigencia probatoria prevista por el mencionado precepto para convocar el juicio mediante la presentación del mencionado escrito.

3.6 CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA LEY 600 DE 2000

El control en la Ley 600 de 2000 hace referencia a que cerrada la investigación le da al indiciado un término de 8 días para presentar alegatos precalificatorios. Luego el fiscal que no en esa etapa no es parte sino titular de la acción penal (funcionario distinto al juez), profiere resolución de acusación o preclusión de la investigación.

La resolución de acusación puede ser controlada por el acusado con la interposición de los recursos de reposición y apelación, recurso último que lo conoce un funcionario de superior jerarquía y distinto al que profirió la resolución de acusación.

El artículo 393 de la ley 600 dice “que cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia de sustanciación que se notificará personalmente, la cual sólo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación.

Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales, para presentar las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse. Vencido el término anterior, la calificación se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles”²⁹.

²⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Medio de Publicación: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000. Artículo 393.

El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción. “La resolución de acusación se notificará personalmente al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

En caso de que el cierre de la investigación se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por la imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá en favor del procesado.”³⁰

3.7 FASE INTERMEDIA COMO INSTANCIA DE CONTROL

En razón de los altos costos políticos y jurídicos implícitos en el acto de acusar y por su injerencia en los derechos de la persona, éste poder está sometido a límites. Pero, como ocurre con todos los actos del Estado, de nada valdría la existencia de límites para el ejercicio de ese poder si no existiera una instancia encargada de la verificación del respeto de esos límites; es decir, del control de la acusación.

Por tal motivo indicando, distintos sistemas procesales se han configurado de tal manera que no se pase automáticamente de la investigación al juicio, existiendo una fase intermedia que tiene como uno de sus fines el de garantizar que la decisión de llevar a una persona a juicio tenga un fundamento razonable. De allí que se puede evidenciar que un proceso estructurado de acuerdo con la ley tiene que garantizar que la decisión de llevar juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria, y con el cabal cumplimiento de los derechos fundamentales y así con ellos dar fe de un debido proceso.

³⁰Ibid;

Como se puede notar, la instancia de control no puede ser el mismo órgano de acusación, pues el autocontrol es insuficiente para este propósito, sino un ámbito diferente del poder público: la jurisdicción. Y, como es obvio, no puede tratarse del juez de conocimiento, pues el control de los presupuestos formales y sobre todos los contenidos materiales de la acusación puede comprometer el criterio del funcionario y afectar su imparcialidad.

Como cabe apreciar, el control judicial de la acusación es tan importante que afecta la estructura básica del proceso : “hace necesaria una fase intermedia con una multiplicidad de elementos cumpla clausura de la investigación, la presentación del escrito de acusación por parte del fiscal, el control de la acusación por parte del juez de audiencia preliminares, el saneamiento del proceso, la autorización judicial de la acusación mediante la apertura el juicio o su rechazo a través del sobreseimiento definitivo o temporal, y el descubrimiento probatorio, entre otros.”³¹

El control judicial de la acusación se orienta a verificar que la misma cumpla con estándares mínimos para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, de motivos fundados. Se trata de exigir que solo se acuse si se cuenta con fundamentos suficientes para asumir que la conducta delictiva existió y que el acusado es probable autor o participe de ella. Es decir, en esa fase se hace una declaración judicial o aceptación o rechazo de la acusación o, para decirlo con otras se promueve un juicio de acusación.

Se debe entender que no se trata de un juicio anticipado sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino tan solo sobre el control al ejercicio de la acción

³¹ALMÉCIGA GÓMEZ, Manuel Fernando. GUTIERREZ ROJAS, Carlos Javier. Control judicial de la acusación en Colombia: ¿Intromisión indebida o límite innecesario? En repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11717/1/control%20judicial%20de%20la%20acusacion%20en%20colombia.pdf. Consultado en enero de 2015.

penal, para determinar si existe o no motivos bastantes que justifiquen traer el paso a la fase decisoria del procesos, convirtiendo al imputado en acusado.

El ejercicio del poder es tan grande como el de acusar que se exige una fundamentación fáctica y jurídica seria y supone, al interior del procesos penal, un ámbito funcional no concebido para acreditar la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales de la acusación. Es decir, en un régimen democrático de la acusación está sometida a los limites, y al verificación del respeto de esos límites le corresponde al juez de las audiencias preliminares a través del juicio de acusación.

Distintos sistemas procesales se han configurado de tal manera que no se pase automáticamente de la investigación al juicio, existiendo una fase intermedia que tiene como uno de sus fines el demostrar con fundamentos que la decisión de llevar a una persona a juicio es acertada y correcta. De allí que “un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar también que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”.³²

Se puede evidenciar en esta instancia de control que no puede ser el mismo órgano de acusación, pues el autocontrol es insuficiente para ese propósito, sino un ámbito diferente del poder público: la jurisdicción, preferiblemente no se trate del juez de conocimiento sino de un juez de control de garantías, pues el control de los presupuestos formales y sobre todo de los contenidos materiales de la acusación podría llegar a comprometer el criterio del funcionario y afectar su imparcialidad.

³² PIMENTEL CRUZADO Diana. Las fases del nuevo modelo procesal: La fase intermedia y el juzgamiento. En <http://www.teleley.com/articulos/art-080908-04.pdf>. Consultado en Diciembre de 2014.

Para Alberto Binder³³ la fase intermedia se funda en la idea que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable.

Esta es una fase de saneamiento, de control de la acusación o de la preclusión. Ante la petición de preclusión el juez puede dictar dicho auto o puede elevar al fiscal superior la consulta donde éste puede confirmar la abstención de la acción penal y allí termina todo. También puede ordenar acusar y lo hace otro fiscal, siendo esta regla un rezago del modelo inquisitivo.

Se debe resaltar la diferencia que existe en el escrito de acusación cuando se ha presentado como producto de un allanamiento a cargos por parte del acusado, cuando es producto de un preacuerdo o finalmente cuando no se ha configurado ninguna de las hipótesis anteriores. En el caso que haya existido allanamiento, como quiera que no se realiza una audiencia de formulación de acusación propiamente dicha, sino la presentación del escrito de aceptación que se entenderá como acusación, para posterior citación a audiencia de individualización de pena y sentencia, el juez requiere todos los elementos materiales probatorios y evidencia física con los que cuenta la fiscalía hasta ese momento, con el fin de que tenga una base para poder dictar la sentencia definitiva, así que los mismos se aportarán como anexos al escrito respectivo siguiendo las reglas del código de procedimiento penal.

En el segundo evento, es decir, cuando se celebra un preacuerdo entre imputado o acusado con la fiscalía, según la regla contemplada en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de

³³ BINDER, Alberto M. “ Introducción al derecho procesal penal” .2º Edición. Edit. Ad-Hoc SRL . Buenos Aires-Argentina. 2000.

acusación”³⁴ para su respectiva aprobación, advirtiendo dicho artículo que el preacuerdo obliga al juez de conocimiento, salvo que desconozca o quebrante garantías fundamentales, luego de lo cual proferirá la respectiva sentencia.

Finalmente, cuando no ha existido allanamiento a cargos por parte del acusado o preacuerdo, la fiscalía presentará el escrito de acusación con la enunciación de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida.

Por eso se afirma que en el proceso Colombiano, no se trata de un juicio anticipado sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino tan solo sobre el derecho a proseguir con la investigación y el juicio, para determinar si existen o no motivos bastantes que justifiquen continuar con la fase decisoria del proceso, convirtiendo al imputado en acusado.

Entonces, el inmenso poder acusar exige una fundamentación fáctica y jurídica seria y supone, al interior del proceso penal, un ámbito funcional concebido para acreditar la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales de la acusación. Es decir, en un régimen democrático la acusación está sometida a límites, y la verificación del respecto de esos límites le corresponde al juez de las audiencias preliminares a través del juicio de acusación.

En este contexto solo se puede acusar si la Fiscalía cuenta con una causa probable; en otros, se le puede hacer si existen motivos suficientes; en otros más se puede acusar si concurren motivos razonables, y en otros, en fin, solo se le pueden hacer si satisfacen las exigencias del principio de imputación necesaria. Si esta exigencia sustancial no satisface y se promueve el juicio, este solo sometimiento implica ya una pena, tal control hace parte de la estructura básica

³⁴ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 350. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Temis 2013.

del proceso penal y de allí se respetan los derechos y libertades constitucionales al ser humano, todas las normatividades contemporáneas de matices pre acusatorios o pro continentales, determinan que la acusación fiscal sea purificada en una audiencia preliminar, conocida anteriormente al juicio.

4. IMPARCIALIDAD DEL FISCAL A LA HORA DE ACUSAR

El fiscal al cumplir el rol que le impuso el sistema penal acusatorio, debe manejar las causas sometidas a su conocimiento, con celeridad, imparcialidad, transparencia y honestidad, lo que ayudará para que se den mejores resultados en la investigación sin mayores márgenes de error, que incidirá en pronunciamientos más justos y apegados a derecho acordes a los juicios orales - adversariales. Se debe tener presente que la objetividad de los fiscales permite a los sujetos procesales litigar en igualdad de condiciones al respetarse las garantías del debido proceso y los derechos de los acusados, ofendidos, víctimas y demás participantes en el proceso penal. La dirección de la investigación a cargo del fiscal significa que una vez que conoce de la existencia de un delito debe definir una estrategia de investigación y persecución penal, para ello debe conocer cuál es el delito, cuáles son los elementos del mismo que requieren ser probados ante un eventual juicio oral, y consecuentemente, qué diligencias son pertinentes y necesarias para descubrir la verdad de los hechos.

La fiscalía tiene unas responsabilidades que le surgen luego de la presentación del escrito de acusación, dirigidas a poder probar, como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal en los siguiente términos: “i) que alguien cometió una o varias conductas punibles, razón por la cual en el literal “a” del artículo 337, se le pide que individualice de manera concreta a los acusados; y, ii) que con unos hechos específicos fue que se infringió la ley penal, razón por la cual el numeral 2º del artículo 337 exige en el escrito de acusación “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, además del descubrimiento de las pruebas con las que pretenda probarlos (artículo 337.5)”³⁵.

³⁵ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal. Proceso No. 29994 Magistrado Ponente Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 190. Santiago de Tunja. 15 de julio de 2008.

Después de especificar los hechos que tienen relevancia jurídica en el escrito de acusación, la Fiscalía ha trazado el único camino que puede recorrer en el juicio, toda vez que, el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 le indica al juez que no le es permitido condenar por hechos que no tengan constancia en la acusación, ni por delitos por los que no se ha requerido condena, con lo que es de la responsabilidad exclusiva de la fiscalía, tanto la definición de los hechos materia del juicio, como la tipificación del delito, según se estipula del artículo 443, en aras de garantizar la congruencia, fáctica, jurídica y probatoria.

Así las cosas, si la tipificación de la conducta punible con fundamento en unos hechos jurídicamente relevantes, es una atribución de la fiscalía, sin que dicho acto de parte tenga control judicial, -ni oficiosamente, ni de manera rogada-; la tipificación que hace la fiscalía la compromete de manera precisa con su tarea en el juicio, por lo que en su condición de parte tiene una enorme responsabilidad, que surge, de manera formal, al confeccionar el escrito de acusación, específicamente al consignar en él los hechos jurídicamente relevantes.

Por tanto, como lo expresa la Corte Suprema de Justicia: “so pretexto de no compartir la adecuación de los hechos con el *nomen iuris* que provisionalmente presenta la fiscalía en la acusación para efectos de definir competencia y marcar los derroteros procesales del juicio, no puede la defensa, ni nadie, discutir en la audiencia de formulación de acusación que esos hechos corresponden a otra adecuación típica, y anticipar de manera improcedente el debate en torno de la tipicidad, propio del juicio, a un momento en que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para decidir.”³⁶

³⁶ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29994 Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 190.

La acusación es un acto de parte, de la fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio.

Razonar de otra manera “sería permitir o autorizar la discusión propia del juicio, en momentos procesales inoportunos, supondría patrocinar la anticipación de la discusión de la tipicidad, lo cual nos colocaría en la senda de la disputa del ejercicio de la acción penal por parte del juez a la fiscalía: como cuando la Fiscalía presenta acusación por peculado, que siendo de la competencia del juez penal del circuito, la defensa pudiera discutir en la audiencia de formulación de acusación que se trata en cambio de un abuso de confianza, propio del marco competencial del juez penal municipal, y por supuesto con unas exigencias normativas diferentes y una punibilidad también distinta; o unas lesiones personales en lugar de la tentativa de homicidio por la cual se ha acusado; todo lo cual será materia de análisis, discusión y prueba en la vista pública, y allí, con fundamento en la posición procesal exitosa, se producirá como consecuencia, la absolución o la condena.”³⁷

Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el

³⁷ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid Marcial Pons, 2009.

derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la Fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal.

5. EL REQUISITO DE “CAUSA PROBABLE”

La doctrina de la causa probable ha sido desarrollada en Estados Unidos en el precedente "Terry vs. Ohio" en 1968, en la cual la “Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica convalidó la requisa y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de "manera sospechosa", ocasión en que se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del individuo sospechoso. Luego fue condenado y se admitió el arma como prueba, pese a las objeciones de la defensa”.³⁸

Para llegar a este resultado el tribunal sostuvo que "cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de la investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disparar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas".

El concepto de causa probable es empleado en los Estados Unidos de América como un estándar para que la policía pueda realizar un arresto, una pesquisa a la persona o a la propiedad, u obtener una orden judicial para ello. También es utilizado para referirse al patrón por el cual un gran jurado puede creer que se ha

³⁸<http://www.monografias.com/trabajos31/detencion-y-sospecha/detencion-y-sospecha.shtml#ixzz3YkQyCRtb>. Consultada el 3 de mayo de 2015

cometido un crimen, por ello toda formulación de acusación o su equivalente implica la existencia de una causa probable.

6. LA POSICIÓN DEL ACUSADO Y LA INVOLABILIDAD DEL DERECHO A LA DEFENSA

Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. La vigencia del principio supone, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

La garantía de la inviolabilidad de la defensa se expresa a través del derecho de audiencia, del derecho de probar y de controlar la recepción de las pruebas y del mismo derecho de impugnación. De gran importancia es el derecho del imputado de intervenir en los actos que incorporen elementos de prueba. Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento

legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan.

6.1 ESCRITO DE ACUSACIÓN Y DERECHO A LA DEFENSA ¿IGUALDAD DE ARMAS?

Para entender el derecho a la defensa y la igualdad de armas en proceso se hace necesario hacer un breve repaso del Procedimiento Penal Acusatorio, el cual inicia con la investigación de los hechos que tienen características delictuales desde el instante en que la fiscalía tiene conocimiento de la *noticia criminis*. En una primera fase de indagaciones, se establece si los hechos han ocurrido y se concretan los aspectos generales del presunto ilícito; la fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la citada noticia criminal.

Cumplida la indagación, “la Fiscalía puede formular ante el juez de garantías la imputación contra el individuo del que sospecha caberle responsabilidad penal por el ilícito”.³⁹

Una vez formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. Lo anterior no obsta para que, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional, el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación

³⁹ Código de Procedimiento Penal. artículo 286. la formulación de imputación es “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”. La Fiscalía promueve dicha formulación cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

de la imputación, tal como se desprende del pronunciamiento que se cita, proferido con ocasión del estudio del artículo 108 del C.P.P.

Desde esta óptica, la correcta interpretación del derecho de defensa entiende que se puede ejercer incluso desde antes de la imputación, como establece el propio Código, ejemplo de ello, es que se puede ejercer desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos.

Si en la formulación de imputación hay aceptación total de los cargos asignados se permite la protocolización inmediata de la acusación (art. 293 C.P.P.). No obstante, si el imputado los rechaza, el día siguiente a la formulación de la imputación se da inicio a la etapa de la investigación. Al igual que la Fiscalía, en la etapa de la investigación “el imputado o su defensor podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo” ⁴⁰

En principio, el término instructivo en la ley 906 de 2004 original era de 30 días, luego con la modificación de la Ley 1453 de 2011 el término se elevó a 90 días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 del código, y de 120 días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados. En ese lapso, el fiscal puede optar por tomar una de tres determinaciones, todas ellas definitivas para el curso del proceso: puede formular la acusación contra el imputado, puede

⁴⁰COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 268. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Temis 2014.

solicitar la preclusión de la investigación o puede hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Transcurridos el término inicial de la instrucción, si el fiscal no adopta ninguna de las alternativas precedentes, el proceso deberá ser asignado a un segundo fiscal, que contará con 60 días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso para tomar la decisión correspondiente, en el evento de que se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado el segundo término será de 90 días.

Si, de la investigación realizada, el fiscal competente encuentra que “de los elementos materiales probatorios” y de la “evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”, el fiscal está tiene la función de presentar acusación contra el imputado, por medio escrito de acusación (Art. 336 C.P.P).

En palabras de la Corte Constitucional, “la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la misma es depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado”⁴¹.

Una vez se radica el escrito de acusación y dentro de los 3 días siguientes, el juez competente debe convocar a una audiencia de acusación en la que –como su

⁴¹ Consecuencias de un incorrecto descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía. 5 de mayo de 2014. En <http://www.juridicoscare.com/2014/05/consecuencias-de-unincorrecto.html>. Consultado en febrero de 2015.

nombre lo indica- procederá a formularse la acusación pertinente (art. 338 C.P.P.). Dicha audiencia es la oportunidad procesal prevista para que la Fiscalía exponga los elementos de juicio, las evidencias y el material fáctico que pretende aducir como pruebas en el juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. En la audiencia, el juez competente da traslado del escrito de acusación a las partes y debe conceder el uso de la palabra a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa, con el fin de que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Inmediatamente después, el juez dará la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación (Art. 339 C.P.P.). Antes de finalizar la audiencia de acusación, el juez de conocimiento 1) incorporará las correcciones a la acusación leída, 2) aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes y 3) suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda (art. 343 C.P.P.).

De acuerdo con las conclusiones a que se arribe en la audiencia de acusación, el juez de conocimiento debe realizar dentro de los 45 días una segunda audiencia, denominada audiencia preparatoria, que tiene como fin último la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral y el señalamiento de la fecha de iniciación del juicio.

En la audiencia preparatoria, que cuenta con la presencia del fiscal, del defensor, del acusado, del Ministerio Público y del representante de las víctimas (art. 355 C.P.P.), el juez dispondrá –entre otras cosas- que las partes manifiesten sus observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios. Adicionalmente, ordenará que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física y ordenará que la Fiscalía y la defensa

enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

Durante la audiencia preparatoria, la fiscalía y la defensa podrán solicitar las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, el juez decretará las que considere pertinente y admisibles, además de que el ministerio público puede excepcionalmente solicitar la práctica de las que no lo hayan sido pedidas y que pudieran tener esencial influencia en los resultados del juicio (art. 357 C.P.P.).

Tramitada la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento fijará la fecha y la hora de inicio del juicio, que deberá realizarse dentro de los 45 días siguientes a la audiencia preparatoria (Art. 365 C.P.P modificado por el art.49 de la Ley 1453 de 2011). En el juicio oral, el juez escucha la presentación del caso por parte de la fiscalía y la defensa, los alegatos finales de los intervinientes y practica las pruebas que se ordenaron en la audiencia preparatoria. Finalmente, toma la decisión que se habrá de reflejar en la sentencia.

La norma es clara al indicar que la defensa debe tener acceso a todos los elementos probatorios descubiertos por el fiscal, toda vez que, después de dicho descubrimiento, en un término de tres días, tendrá lugar la audiencia de formulación de acusación, en la que la defensa tendrá la oportunidad de interponer objeciones al escrito de la Fiscalía. “Es en esta audiencia en la que la defensa puede pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico de que tenga conocimiento, medida que complementa el proceso de descubrimiento de los medios cognitivos y garantiza el derecho a la defensa del inculcado, porque aunque el fiscal está obligado a suministrar con el escrito de acusación todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones conocidas, la norma permite a la defensa la exhibición de aquellos que tenga conocimiento que no hayan sido presentados por el ente acusador. Esto con el fin de que dicho

elemento, que también puede estar en cabeza de otra institución, se convierta en prueba dentro del proceso”.⁴²

Es así como el principio de igualdad de armas busca garantizar que las partes del proceso penal cuenten con los mismos elementos probatorios para sustentar sus posiciones respectivas, lo cual implica, necesariamente, la garantía del principio de igualdad procesal. Con ello se evita que uno de los intervinientes tenga una posición privilegiada sobre el otro y que dicha posición incida en el resultado probatorio del proceso.

Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contentivo del principio jurídico conocido bajo la locución latina “*audiatur et altera pars*” y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea:

“Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., 22 de noviembre de 2005.

audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será o estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”⁴³

De esta manera, el principio de igualdad de armas se establece en una de las características primordiales de los sistemas penales de corte acusatorio, en el sentido que contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, la estructura de los mismos, es adversarial, lo que quiere decir que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben contar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Desde otra mirada, el principio de igualdad de armas se establece como una de las características más importante y sobresaliente en la técnica de investigación que se impone en el nuevo modelo acusatorio.

De igual manera, el nuevo sistema exige que la defensa tome una actitud diligente en lo relacionado con la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante la falta o demora en el cumplimiento de este deber del deber de recolección de pruebas a cargo de la fiscalía, la defensa está en el deber de recaudar por su cuenta el material probatorio de descargo. De este modo se propone con el modelo acusatorio superar lo que antes se conocía como la presencia pasiva del procesado, y lo compromete con la investigación de lo que le resulte favorable, sin restringir por este motivo la plena vigencia de la presunción de inocencia.

⁴³ Convención Europea de Derechos Humanos.

Ahora bien, como el cambio de metodología de la investigación penal implica que, en la Ley 906 de 2004, la fiscalía no tiene la obligación de recaudar material probatorio que pueda en algún momento ser favorable a la defensa, sino que su tarea se tiene como la de encontrar las pruebas de cargo que desvirtuen la presunción de inocencia del acusado, pero si en algún momento encuentra pruebas exculpatorias, tiene la obligación de presentarlas a la defensa, por lo que se hace necesario que la defensa tenga acceso al conocimiento del acervo que se hará valer en su contra.

Por lo anterior, con la intención de mantener el equilibrio en el proceso y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, en otras palabras, con el fin de hacer realidad el principio de la igualdad de armas, la defensa debe tener la posibilidad de acceder a los elementos de juicio que se encuentra a disposición de la fiscalía, toda vez que de esto depende la forma como va a llevar a cabo su estrategia defensiva.

De manera general, el principio de igualdad de armas se desarrolla en dos direcciones complementarias: en primera instancia, implica que los actores del proceso deben tener las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio.

En este orden de ideas y como lo expresa la Corte Constitucional: “la manera de garantizar el equilibrio de las armas en el proceso penal de corte adversarial y, por tanto, de permitir que tanto la defensa como la Fiscalía cuenten con las mismas

oportunidades de acción y con los mismos elementos de convicción se concreta en la figura del descubrimiento de la prueba”⁴⁴.

La decisión de garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal mediante el instituto del descubrimiento de la prueba responde al reconocimiento de que el aparato estatal cuenta con recursos económicos, técnicos, científicos y operativos mucho mayores de los que podría disponer un particular acusado de incurrir en un ilícito. La desproporción que en materia investigativa inclina la balanza en contra de la defensa obliga al legislador a garantizar el equilibrio procesal mediante la autorización que se da al procesado para que acceda al material de convicción recaudado por los organismos oficiales.

Acudiendo a una interpretación integral de la Constitución Política, podría decirse también que el principio general de igualdad constitucional (art. 13 C.P.) se integra al artículo 29 superior, que consagra los principios fundamentales del debido proceso, así como al artículo 229 constitucional, que estructura el acceso de las personas a la administración de justicia, para constituir el derecho del sindicado a ‘presentar sus pruebas en igualdad de condiciones’ en el proceso, variante de tal garantía reconocida de alguna manera por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. En efecto, el concepto general de la Corporación sobre el principio de igualdad procesal permite evidenciar que la Corte ha sido proclive al reconocimiento de este principio:

“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y

⁴⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., 22 de noviembre de 2005.

por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal”.⁴⁵

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En complemento de lo anterior y con la intención de que el despliegue del principio de igualdad de armas sea una realidad para la controversia procesal, el legislador ha querido también que la Fiscalía conozca el material de convicción que la defensa ha podido recopilar desde el momento en que presentó la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido. Por ello, en la diligencia de descubrimiento, el fiscal también puede pedir a la defensa que entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las

⁴⁵ Colombia. Sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (art. 344 C.P.P).

En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal –fair trial-, pues, aunque la estructura del proceso está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas.

Ciertamente, dado que el principio de igualdad de armas ilumina e inspira por entero el procedimiento penal en el nuevo sistema acusatorio, es obligatorio interpretar las normas pertinentes bajo la óptica de sus previsiones. No sería compatible con la interpretación armónica de las normas procesales, inspiradas en los derroteros de los principios del procedimiento, que se entendiera, a partir de una lectura textual de la disposición acusada, que mientras la Fiscalía puede solicitar el descubrimiento de todos los elementos probatorios allegados al proceso, a la defensa sólo se le permitiera acceder a uno de ellos.

Así, por ejemplo, el artículo 8º de la Ley 906 de 2004 incluye dentro de las garantías propias del debido proceso de la defensa, potestades que reflejan esa posibilidad de acceder al material probatorio de la Fiscalía.

Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

La norma hace referencia al acceso que la defensa tiene sobre el material probatorio de la fiscalía, sin que de ninguna de sus previsiones se deduzca que aquella sólo puede conocer uno de los elementos que componen dicho material.

La plena vigencia del deber constitucional integrado al texto de la norma legal permite concluir que, presentado escrito de acusación, en la audiencia de acusación, la Fiscalía General de la Nación debe suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, pero que –adicionalmente- la defensa también podrá pedir el descubrimiento de elementos probatorios específicos y de material probatorio que tenga conocimiento que está en poder de la fiscalía.

El artículo 250 de la Constitución Política advierte que, formulado escrito de acusación, la fiscalía deberá suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado. Del texto constitucional se extrae que el suministro de los elementos probatorios e informaciones recaudados por la fiscalía se circunscribe a aquellos que fundamentan la acusación, pues no tendría sentido que la Fiscalía descubriera material probatorio por completo ajeno a la misma. Así, la obligación inicial del fiscal en la audiencia de descubrimiento es la de descubrir el material probatorio sustento de la acusación.

Sin embargo, si la defensa lo considera conveniente y provechoso para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, por no haber sido considerados relevantes, no fueron descubiertos.

La Corte Constitucional considera que el artículo 344 C.P.P. en concordancia con la obligación general de descubrimiento que recae sobre la Fiscalía General de la Nación, o sus agentes, debe ser considerado como una herramienta adicional que refuerza el principio de igualdad de armas, en tanto que le permite a la defensa profundizar en el descubrimiento de material probatorio que tenga conocimiento que puede estar en poder de la Fiscalía.

No obstante la anterior reseña descriptiva en relación con la igualdad de armas entre fiscal y acusado, en teoría se puede afirmar que el acusado encuentra en la Ley 906 de 2004 mejores oportunidades de realización que en los procesos de tendencia mixta o inquisitiva, porque se debe desarrollar en igualdad de armas con la acusación. Pero en la práctica y en el diseño normativo de la Ley 600 de 2000, cuando la defensa necesitaba la práctica de pruebas, las solicitaba a la fiscalía, quien a su arbitrio las podía negar o decretar, y cuando esto último ocurría el Estado asumía los costos económicos y administrativos de su práctica. Por su parte, en la Ley 906 de 2004 la fiscalía asume el rol de contraparte de la defensa y en esta condición no tiene la obligación procesal de investigar a favor de su adversario, quien debe entonces asumirla directamente, pero tiene una restricción legal y muchas veces económica que no le permite hacerlo adecuada y suficientemente, aspecto que se agrava por la ausencia de control de la acusación y redunda en la desigualdad de armas entre acusado y fiscal.

7. PRINCIPIOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

De los fundamentos del proceso penal se infiere un conjunto de principios normativos, que estos determinan una estructura básica del proceso y sientan las bases para la elaboración de un modelo dogmático que se oriente a promover el delicado balance entre sus niveles de realización, y que uno de los elementos a tener en cuenta es el atinente a los límites y controles del poder acusar. Se abordará, con detenimiento, el principio acusatorio con el fin de advertir que para la apertura del juicio no basta con el solo ejercicio del poder de acusar sino que, además, es preciso el control judicial de la acusación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que hoy no solo se discute la vigencia del sistema acusatorio, sino que incluso se llega a negar la calidad del proceso del sistema inquisitivo. En palabras de Montero Aroca se entiende que: “No existen dos sistemas por los que puede configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho Penal de los Tribunales, de los cuales uno es procesal, el inquisitivo y otro procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso”⁴⁶.

En la doctrina se le atribuye una multiplicidad de contenidos al principio acusatorio. En palabras de Ruiz Vadillo, “el principio acusatorio impone un contenido procesal entre dos partes netamente contrapuestas – acusador y acusado-, resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas con una neta distinción entre las tres funciones procesales fundamentales”.⁴⁷

⁴⁶ MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blach, 1987, p.28.

⁴⁷RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Granada. 2000, páginas 22-23.

El autor español Martínez Arrieta considera que la doctrina es coincidente al señalar el contenido del principio de acusatorio y le atribuye a este los siguientes principios fundamentales: ⁴⁸

“(...) Las notas que caracterizan al principio acusatorio son las siguientes:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, al que se añade la exigencia de una acción pública y popular. Al ejercicio de esa acción están llamados, no solo el Ministerio Fiscal, sino también el ofendido, e incluso, el ciudadano, a través de la acción popular...
- b) División del proceso en dos fases a las que corresponden, respectivamente, la investigación y la decisión del hecho punible, sin que sea posible que quien interviene en la instrucción participe en la decisión para evitar que el conocimiento de los hechos de la investigación prejuzgue la decisión.
- c) Relativa vinculación del Tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.”⁴⁹

7.1 PRINCIPIOS *PRO HOMINE* Y *FAVOR LIBERTATIS*

La aplicación del sistema normativo de los derechos humanos por los jueces constituye un aspecto medular para garantizar el respeto y la vigencia de los derechos humanos en toda circunstancia. “Para que esta aplicación sea posible, es preciso que el juez y los demás operadores de la justicia tengan conocimientos de la existencia de normas internacionales que son vinculantes de la vigencia de normas constitucionales que buscan proteger a la persona, que conozca los criterios de su interpretación, así como las posibilidades y modalidades de esa aplicación”⁵⁰ o del llamado bloque de constitucionalidad,

⁴⁸ MARTINEZ ARRIETA, Andrés. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio. Comares Editorial. Madrid. 1994.

⁴⁹ Ibid;

⁵⁰ Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado, México, Porrú a, Cámara de Diputados, Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 117

De lo anterior surge la necesidad de que los fiscales y jueces durante el proceso conozcan y apliquen los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos teniendo siempre “presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del derecho público clásico”.⁵¹

En el proceso penal desde el momento de su inicio se debe tener en cuenta el respeto por los derechos fundamentales del imputado o acusado, por lo que en el escrito de acusación se debe omitir cualquier error irreparable que menoscabe uno de estos derechos. En este evento es importante reconocer que el principio *pro homine* obliga al ente acusador a acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer afectaciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Asimismo, ha adquirido una amplia aceptación por el hecho de que el umbral fundamental en materia de derechos humanos es "la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías", además de que "coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre".⁵²

Carlos Castilla abogado, doctrinante y docente mexicano de la UNAM expresa que el principio “*pro persona*” o “*pro homine*” se basa “en que los derechos inherentes a la persona, reconocidos por la conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado, esto es, de sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando,

⁵¹ Cançado Trindade, Antonio Augusto, El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2001, pp. 48 y 49.

⁵² Colombia. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-284/06

los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como frente a la red de interacciones institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos humanos”.⁵³

La trascendencia del principio va más allá de ser un eventual criterio de interpretación, pues al existir normas de derechos fundamentales en todos los niveles del orden jurídico del Estado —aun en leyes que no tienen la denominación de "derechos fundamentales", "derechos humanos" o "garantías individuales", pero que consagran o reconocen de manera directa o indirecta éstos—el principio *pro persona* se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Asimismo, permite que permeen y resplandezcan los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.

El principio *pro persona* es y debe ser un importante instrumento para el ente acusador juzgador a fin de no crear normas regresivas limitantes de la protección y vigencia de los derechos humanos.

El principio de *favor libertatis* es un principio general del sistema de los Derechos Fundamentales. Según él, en caso de incertidumbre hay que optar por la interpretación que ofrezca mayores garantías para los ciudadanos.

En este orden de ideas se debe recalcar que según el artículo 10 de la Ley 906 de 2004⁵⁴, la actuación procesal se debe desarrollar teniendo en cuenta el respeto a

⁵³ CASTILLA, Carlos. El principio *pro persona* en la administración de justicia. Revista mexicana de derecho constitucional. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. 2011. Pág. 2. Tomado de Handerson, Humberto,

⁵⁴Ley 906 de 2004. Artículo 10. Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la

los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella, la necesidad de la lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y el deber de los funcionarios judiciales de hacer prevalecer el derecho sustancial. Además, esa norma legitima los acuerdos y estipulaciones a que lleguen las partes.

7.2 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El escrito de acusación es de gran trascendencia, prevalece el principio de congruencia que propende porque al procesado no se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva, toda vez que *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”*⁵⁵. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de enero de 2007, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón expresa que: “Como es ampliamente conocido, el Código de Procedimiento Penal que hoy rige no surgió como consecuencia de una simple variación legislativa, si no como efecto obligado del cambio de Constitución Política, en donde se dio un giro importante hacia la adopción del sistema acusatorio para el proceso penal, creando la Fiscalía General de la Nación y asignándole la misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (Art. 250 de la C. P.)”⁵⁶

El fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el escrito de acusación, de manera

necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

⁵⁵Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)" Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Artículo 44. Editorial Leyer. 2014.

⁵⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 23540 Bogotá, D. C., 24 de enero de 2007. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón Aprobado: Acta No.006

que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la acusación, la que el Estado, por conducto del fiscal, le indica al procesado, cuáles son los cargos de que le acusa, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, las partes tendrán en dicha acusación un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden solicitar en la audiencia preparatoria y practicara un juicio oral, las que se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

En cumplimiento del principio de congruencia se evita pedir condena o proferir la misma por una conducta punible distinta a la que fuera imputada, acusada, probada, y en todo caso, nunca por unos hechos diferentes.

7.2.1 El principio de congruencia en el Decreto 2700 de 1991

En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre el principio de congruencia regulado en el artículo 220-2 del Decreto 2700 de 1991 se destaca la sentencia C-541 de 1998, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 220-2 del Decreto 2700 de 1991. Señaló que “el legislador, al expedir los códigos, debe consagrar la manera de hacer efectivas las normas constitucionales referidas, especialmente, al debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Const. Pol.)”⁵⁷ Concretamente, en los asuntos penales, dentro de las garantías fundamentales para el procesado,

⁵⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 34370. Magistrados Ponentes: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. DR. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 417. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010.

en desarrollo y armonía con el debido proceso, se deben respetar los siguientes principios:⁵⁸

a) El enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado. Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la sentencia.

b) A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.

c) Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.

7.2.2 El principio de congruencia en la Ley 600 de 2000

La codificación procesal del año 2000 reiteró lo dicho por la legislación precedente y al regular las causales de casación, en el artículo 207-2 señaló que el recurso extraordinario procedía cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

La congruencia se predica entre “la resolución acusatoria (o su equivalente) y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer

⁵⁸ Decreto 2700 de 1991, Artículo 220-2. Tomado de COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 34370. Magistrados Ponentes: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 417. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010.

aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena”⁵⁹.

El principio de congruencia en los antecedentes de la Ley 906 de 2004:

El sistema acusatorio colombiano, señala en su artículo 448 que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Se trata de precaver la posibilidad de una modificación de los cargos presentados por la fiscalía al momento de surtirse los alegatos de conclusión dentro de la vista pública, reconociendo una circunstancia fáctica determinante cual es que la práctica de la prueba se realiza dentro del debate y al realizarse dentro de este sin duda alguna el resultado que arroje puede modificar la visión jurídica que tenga la fiscalía en torno a la conducta punible, pues, por ejemplo, la fiscalía puede acusar por peculado por apropiación pero demostrarse con la prueba de descargo que se trata de un abuso de confianza. “Es ese el sistema de congruencia que se plantea, flexibilizando al máximo y siendo respetuosos con la garantía del derecho de defensa y tratando de obviar los problemas que se han presentado tradicionalmente. Frente a la presencia del defensor, manifestó que depende de la decisión que se tome respecto de la formalización. Señaló que la inclusión del escrito de acusación no iría en contra del sistema”⁶⁰.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de febrero de 2004, radicación 14343.

⁶⁰ ANDRÉS RAMÍREZ, Acta N° 23, del 27 de junio de 2003, p. 26.

7.2.3 El principio de congruencia en el Proyecto de Ley Estatutaria 1 de 2003 Cámara y su evolución en el trámite legislativo

El Proyecto, que luego pasó a convertirse en Ley 906 de 2004, establecía en su artículo 480 una norma exactamente igual a la que aparece en el actual artículo 448⁶¹. En la exposición de motivos⁶² se consignó que

En cuanto concierne a la congruencia entre acusación y condena, el proyecto establece claramente los criterios de la congruencia objetiva y subjetiva señalando que: “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos no formulados en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.⁶³ Entiéndase que la oportunidad dentro de la cual el fiscal concreta su pretensión es durante la audiencia del juicio oral al exponer la teoría del caso o al momento de presentar las alegaciones de conclusión.

La Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre el principio de congruencia luego de la expedición de la Ley 906 de 2004 y concluye que dicho principio hace parte de lo que se llama estructura conceptual del proceso penal, que se da con la definición progresiva y vinculante de su objeto. “En tales términos la congruencia es el acto por antonomasia definidor del mismo en sus ámbitos personal, material y jurídico, y aparece contenido en la acusación⁶⁴. La falta de identidad sobre alguno de ellos, genera lesiones a las garantías del debido proceso y de la defensa”⁶⁵.

⁶¹ Gaceta del Congreso, 339, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 23 de julio de 2003, p. 50.

⁶² LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, Gaceta del Congreso, 339, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 23 de julio de 2003, p. 64.

⁶³ Ibid;

⁶⁴ Sentencia de segunda instancia del 29 de septiembre de 2005, radicación 23914.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de junio de 2006, radicación 24764.

El principio de congruencia se vincula al derecho de defensa en la medida en que permite el conocimiento de los hechos que se endilgan al acusado y sus correspondientes consecuencias jurídicas; gracias a ese conocimiento, libre y voluntariamente “puede el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra”⁶⁶.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “el juzgador al momento de elaborar el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, en tratándose de la aceptación de cargos, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:

1. “Por acción: a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso. b) Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el caso. c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.
2. Por omisión: a) Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.”⁶⁷

La Corte Suprema de Justicia advierte que el desconocimiento del principio de congruencia puede motivar a las partes e intervinientes a promover el recurso

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de octubre de 2005, radicación 24026.

⁶⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Procesos 24668 de 6 de abril de 2006. Magistrado Poinente Jorge Luis Quintero Milanés.

extraordinario de casación previsto en la Ley 906 del 2004, el cual sigue los mismos lineamientos reglados en estatutos anteriores; si bien no trasladó la causal de casación que traían las regulaciones procesales precedentes, relacionada con la incongruencia entre la acusación y la sentencia, de ello no es viable concluir que cuando el juez incurre en esa irregularidad no pueda ser invocada a través del recurso extraordinario, pues “resulta indiscutible que cuando el juzgador profiere un fallo desatendiendo los parámetros de la acusación desconoce las reglas básicas de un proceso como es debido porque afecta de manera sustancial su estructura básica, siendo el yerro demandable por vía de la causal segunda⁶⁸.

Acerca de la importancia total de la acusación y los efectos sobre el principio de congruencia, dijo la Corte que “en este sentido, dentro de la evolución jurisprudencial que se ha dado en la Corte respecto del principio de congruencia, en sede de Ley 600 de 2000 se llegó a un punto final en el cual se estableció que las circunstancias de agravación genérica, o de mayor punibilidad, como se rotulan en el artículo 58 del Código Penal, deben ser definidas previamente en la resolución de acusación, tanto en su apartado fáctico, como en su denominación jurídica concreta, a efectos de garantizar la efectiva contradicción y respetar adecuadamente el principio de congruencia”.⁶⁹

La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, en sentencia de 28 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca hace mención al principio de congruencia y concluye que “La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en

⁶⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24530.

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 34370. Magistrados Ponentes: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 417. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010.

cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.”

8. NULIDAD DE LA ACUSACIÓN

El sistema Penal Acusatorio se implantó con el propósito de seguir los postulados de la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales, teniendo como base el respeto del derecho fundamental al debido proceso. A pesar de ello, la Ley 906 de 2004 aún no responde, por sí sola, a los dilemas o necesidades originadas con su puesta en práctica; tal es el caso de la acusación errónea de la Fiscalía, percibida durante el juicio por el juzgador. ¿Qué debe hacer el juez ante esta situación? Lo cierto es que se desencadenaría una pugna de posiciones, en relación con la decisión del Juez de Conocimiento, si absuelve o declara la nulidad a partir de la defectuosa imputación; defensa y Fiscalía propondrán tesis opuestas. Frente a este aspecto, la fuente legislativa será insuficiente para el juzgador, pues el artículo 448 de la misma codificación procesal consagra simplemente el principio de consonancia, según el cual el juzgador no puede condenar al acusado por hechos y delitos distintos de los contenidos en el escrito de acusación.

La Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que la nulidad no es la solución o el camino a seguir cuando el juez de conocimiento percibe una errónea imputación jurídica de la fiscalía, porque ello equivaldría a revivir las etapas procesales concluidas, dándole así otra oportunidad al ente acusador para reestructurar la pretensión punitiva fallida.

En efecto, así se pronunció en fallo del 3 de junio de 2009 “Por último, sería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la

conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste –luego de agotado el trámite procesal- una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configura ninguna de las causales que permitan la invalidación del juicio.”⁷⁰

La anterior tesis fue reiterada en fallo de casación del 16 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas (radicado 31795, 2009, Yesid Ramírez Bastidas), e igualmente en sentencia del 10 de noviembre siguiente, siendo Magistrada Ponente María del Rosario González Muñoz, esta última en la que se señaló:

“Como viene de verse, es claro que si, de una parte, la estructuración de los delitos de acto sexual violento y acto sexual con menor de catorce años son sustancialmente diversas, y de otra, desde la audiencia de imputación hasta el juicio oral la Fiscalía acusó a German Giovanni Rodríguez por el primero de dichos comportamientos, punible por el cual profirió condena el a quo, al paso que el Tribunal confirmó la condena pero por el delito de acto sexual con menor de catorce años, desbordó los límites de la acusación y sorprendió a la defensa con unos elementos distintos a los abordados en el desarrollo del proceso, de modo que vulneró el principio de congruencia, todo lo cual impone casar el fallo atacado para reparar el agravio. Desde luego, la enmienda de la incorrección no será la deprecada por el defensor, esto es, la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, pues como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Sala, ello equivaldría a revivir etapas procesales superadas y a brindarle una

⁷⁰ COLOMBIA: Corte Suprema de Justicia. (Radicado 28.649, 2009, Jorge Luis Quintero Milanés) con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés.

nueva oportunidad a la Fiscalía para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, con mayor razón si la Sala no advierte equívoco alguno en la acusación o en el fallo de primer grado respecto de la calificación del comportamiento investigado, y si, por el contrario, se consigue observar que la incorrección se produjo únicamente en la sentencia de segunda instancia, respecto de la cual es necesario adoptar los correctivos que haya lugar.”⁷¹

En palabras del doctor Leónidas Bustos “un escrito de acusación no sólo no es materia de nulidad, sino que equivale a lo que se espera de la actividad de la Fiscalía, y por tanto no es susceptible de corrección alguna; máxime que, como se puede establecer, reúne las exigencias formales contenidas en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, en tanto se observa que en su texto se incorporaron sendos capítulos destinados a desarrollar los siguientes tópicos, dando generoso cumplimiento a dicho precepto: 1) antecedentes del caso, 2) la calidad de aforado legal del acusado, 3) los hechos jurídicamente relevantes, los cuales fueron presentados en función de los tipos penales que se consideraron vulnerados, 4) la imputación jurídica y la fundamentación de los cargos”⁷².

La acusación puede anularse, si desconoce garantías fundamentales. La nulidad del escrito de acusación puede declararse, cuando se desconocen las garantías fundamentales del procesado, advirtió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como este escrito forma parte de la formulación de imputación, que es una actuación procesal sobre la que el juez ejerce control, no es descartable su

⁷¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 16 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas (Rdicionado 31795, 2009, Yesid Ramírez Bastidas)

⁷² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 139. Bogotá, D.C., 18 de abril de 2012

nulidad, ejemplo de ello es la forma como se resolvió la acción de tutela presentada por los fiscales que radicarón el escrito de acusación contra Laura Moreno y Yessy Quintero, procesadas por la muerte del estudiante de la Universidad de Los Andes Luis Andrés Colmenares.

Los fiscales atacaron la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación contra una de las acusadas por el delito de falso testimonio. Para la Sala, el desconocimiento de la prohibición de autoincriminación hacía procedente la nulidad de la actuación.

Sin embargo contrario a ello en la Sentencia 38256 del pasado 21 de marzo, la Corte había sostenido que el escrito de acusación es un acto de parte, no judicial, y que, por lo tanto, no podía ser objeto de nulidad.⁷³

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 60211, Mayo 9/12, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Ámbito jurídico.

9. EL JUICIO DE ACUSACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Entre los modelos de justicia penal caracterizados por la concentración de las funciones de acusar y juzgar en un solo poder público no existía el control de la acusación, pues, a lo sumo, este podía agotarse en una especie de autocontrol por parte del acusador y juzgador. La situación es diferente en los modelos de justicia penal caracterizados por la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento, dados que en estos históricamente se advirtió la necesidad de evitar acusaciones infundadas. Esto explica por qué los antecedentes del control de acusación remiten al sistema anglosajón, antes que el modelo continental europeo, como lo recuerda Kai Ambos⁷⁴, una de las características centrales del modelo acusatorio puro que rigió en Grecia y en el que existía una verdadera acusación popular.

En este marco se debe recordar que los orígenes del Gran Jurado se remontan a los inicios del siglo XII en Inglaterra, y si bien surgió como un tribunal inquisitivo paulatinamente fue modificando su función hasta convertirse en una entidad habilitada para autorizar o rechazar la acusación de una persona ante un jurado de juicio o de conocimiento. Esta institución fue introducida por los ingleses en Estados Unidos desde la primera mitad del siglo XVII y caló tan hondo en el ideario norteamericano que está reconocida por la quinta enmienda “*Nadie será obligado a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o de acusación de un gran jurado...*”.

En Estados Unidos, la primera oportunidad que tiene un acusado para ir a la Corte es la Audiencia Inicial (Initial Appearance). Esta Audiencia Inicial está supuesta a tener lugar dentro de las 48 horas siguientes al arresto. La primera audiencia ante un Juez será ante un Juez Menor de los Estados Unidos (U.S. Magistrate Judge).

⁷⁴ AMBOS, Kai. Derechos humanos y derecho penal internacional. En http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_01.pdf. Consultado en enero de 2015.

El juez menor llevará a cabo, por lo general, una audiencia breve, llamada Audiencia Inicial el mismo día que la persona acusada es traída a la corte. El juez menor decidirá si se pondrá a esta persona en libertad. La Audiencia Inicial será, por lo general, breve. En esta audiencia, el juez menor asignará a un abogado para el acusado (a menos que el acusado haya contratado ya los servicios de uno). El acusado recibirá una copia de los cargos en su contra y/o se le leerán los cargos de manera pública. Si el acusado necesita un intérprete, la corte le proveerá los servicios de uno.

El *indictment* es, en definitiva, un documento escrito, precisando los cargos. Tiene que ser preparado por un funcionario del tribunal de enjuiciamiento o por un abogado con el rango de *barrister*. Este último, a su vez, recibe su encargo de otro profesional del derecho, un *solicitor* que es quien representa a quien sea que haya iniciado la acción, con iguales atribuciones cuando este último es un miembro del Servicio de Acusaciones Públicas que cuando es un acusador particular.

En ocasiones el acusado es traído a la corte por primera vez, basada en una acusación formal del Gran Jurado (Indictment). Esto significa que no es necesaria una denuncia u orden de arresto y el caso procederá directamente ante un Juez de Distrito.

En el sistema federal, el control de la acusación está a cargo del Gran Jurado, en tanto que el sistema estatal está a cargo de un juez de audiencias preliminares, y uno y otro deben determinar o no causa probable para creer que el sindicado ha cometido el crimen del que se le acusa.

Cuando el control de acusación se hace frente al juez de audiencias preliminares, “en razón a la estructura adversarial de esta, se genera la posibilidad judicial cierta que la decisión que favorezca al acusado púes, a diferencia de lo que ocurre ante

el Gran Jurado al que hoy aún se le critica su estructura inquisitiva⁷⁵, aquel puede acudir en compañía de su defensor, contrainterrogar a los testigos de la acusación y ofrecer sus propios testigos”⁷⁶.

En este caso la regla generalizada que se aplica es que el fiscal debe acreditar en primer lugar que se ha cometido el delito y que es probable que el acusado haya tenido una participación culpable.

En los juicios que se promueven ante la Corte Penal Internacional, el control judicial sobre la acusación está regulado en detalle. La Corte está integrada por la presidencia, la sección de Apelaciones, La Sección de Primera Instancia, la sección cuestiones Preliminares, la fiscalía y la Secretaria. La prenombrada sección de cuestiones preliminares tiene la función de controlar la acusación, determinando si existe prueba suficiente que demuestre los motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen y de esta forma confirmar o no confirmar los cargos o también puede levantar la audiencia para que el fiscal considere la posibilidad de presentar nuevas pruebas, o finalmente puede modificar los cargos si las pruebas parecen indicar un cargo distinto.

En Alemania, el proceso penal se divide en un procedimiento introductorio fiscal, durante el cual el ente técnico de averiguaciones investiga de una forma más o menos independiente y hasta tanto concurra fundamento para que la Fiscalía tome una decisión, y un procedimiento judicial que, a su vez, comprende el procedimiento introductorio, la fiscalía presenta escrito de acusación, documento con el cual se inicia el denominado procedimiento intermedio, cuya importancia “reside en su función de control negativa: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior por un juez independiente o por un tribunal colegiado en una sesión a puertas cerradas, se pretende proporcionar otra

⁷⁵ HEDLER, EDMUNDOS. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires; Ad Hoc, 1996, p.187.

⁷⁶ MUÑOZ NEIRA. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. P. 158

posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado”⁷⁷.

Con la presentación de la acusación se inicia el procedimiento intermedio. La acusación se presenta ante el juzgado competente para la vista de la causa con todas las actas introductorias, se trata tanto generalmente del mismo tribunal para el procedimiento intermedio y para el principal. El procedimiento intermedio tiene “una función negativa de control”. El acusado puede pedir pruebas y formular objeciones... y el tribunal puede ordenar investigaciones complementarias, pero decidirá en general sobre la apertura del procedimiento principal solamente con base en las actuaciones instructoras y a la acusación. Si existe suficiente sospecha de delito, abre el procedimiento principal, y si no por otros motivos facticos o jurídicos, puede rechazar la apertura o suspender la provisionalidad del procedimiento. En la resolución de apertura se decide si la acusación se admite sin modificaciones para la vista de la causa o con qué alcances se modifica y además se designa el tribunal competente. El derecho al recurso de queja solo corresponde al fiscal contra aquellas resoluciones que remiten a un tribunal de jerarquía inferior

El control de la acusación también existe en los procedimientos abreviados y acelerados: en estos la fiscalía solicita al juez de conocimiento la emisión de un mandato penal o de una petición de condena, “que una vez preferido hace las veces de sentencia condenatoria, pero este último bien puede rechazarlos por falta de sospecha suficiente o incluso convocar a juicio si advierte que es necesario o quiere apartarse de la calificación jurídica de los hechos o de sus consecuencias punitivas”⁷⁸.

⁷⁷ ROXIN, Derecho Procesal Penal. Pág. 347 y ss.

⁷⁸ AMBOS, KAI, Proceso Penal. Perspectivas internacional, Comparada y latinoamericana. Mexico; Ubijus 2009, págs. 186 y 187.

En España, la fase intermedia abarca las actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la fase de instrucción hasta la apertura del juicio oral, y en ella se cumple “una misión de integración y revisión del material instructor”⁷⁹, comprendiendo también “la decisión sobre el ejercicio de la acusación, lo que equivale a resolver por una parte, si hay elementos suficientes para entender fundada la acción penal con arreglo a lo esclarecido y aportado en la instrucción o no; y por otra, si con arreglo a aquél resulta fundado ejercitar la acción penal, debiendo abrirse el juicio oral, o por el contrario, sobreseer o, remitir para recabar los elementos necesarios para el citado ejercicio”⁸⁰.

En este contexto, la fase intermedia, como sede del control de acusación, con algunas variables, existe en el proceso ordinario, en el proceso abreviado, en los juicios rápidos y en el proceso ante el tribunal del jurado. Como fuere, “resulta función esencial de esta fase decidir si la acusación parece fundada o verosímil, de manera que pueda tenerse como probable la imposición de una pena. “Este enjuiciamiento condiciona, como se ha dicho, el reconocimiento pleno de la acción y la consiguiente apertura del juicio oral”⁸¹. En fin, se trata de “un periodo que actúa como filtro de las acusaciones infundadas”.

El problema que resaltan algunos tratadistas en los regímenes Alemán y Español del juicio de acusaciones radica en que la competencia para su trámite y decisión en muchos eventos radica en el juez de conocimiento, motivo por el cual surgen las dudas sobre su imparcialidad, pues, un juez que ha advertido que existe sospecha de la comisión de un delito que concurren indicios racionales de criminalidad contra el acusado aparentemente difícilmente partirá de cero al momento de la determinación de la responsabilidad de este último.

⁷⁹ ARMENTA DEU, TERESA. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid : Marcial Pons, 2009, p. 201.

⁸⁰ *Ibid*, p. 202

⁸¹ *Ibid*.

En Italia, en el proceso ordinario, una vez concluida la investigación, se realiza una audiencia ante el juez audiencias preliminares en la que se controla la regularidad de los actos realizados por las partes en la investigación y se decide sobre la petición de la acusación hecha por el fiscal. El juez tiene poderes muy amplios, y, entre otras cosas, está facultado para proferir un auto de sobreseimiento o, de concurrir los presupuestos sustanciales, para emitir un auto de citación a juicio. En este último acto debe cumplir unas formalidades muy precisas que incluyen una explicación clara y precisa del hecho y de las circunstancias agravantes, una indicación sumaria de las fuentes de la prueba y la asignación del juez competente del juicio⁸².

Se puede sintetizar diciendo que el propósito de una audiencia preliminar es determinar si existe motivo fundado para demostrar que el delito fue cometido y si existe motivo fundado para señalar que el acusado es la persona que cometió el delito. En la audiencia, el juez escucha los testigos y se le ponen las pruebas de presente. Así, el juez puede determinar con las reglas de la experiencia y con base en la sana crítica, si existen motivos fundados que el acusado cometió el delito, si así lo fuere se consignará al acusado para ser enjuiciado. Si el juez concluye que las pruebas son insuficientes, el caso será desestimado. Se pueden enmendar las acusaciones en la audiencia preliminar.

La estructura de la audiencia preliminar es el fruto de un compromiso entre dos exigencias contrastantes; el derecho de defensa y el principio de inmediación. Al fin de asegurar al juez un efectivo control respecto del eventual reenvío a juicio, es necesario que se puedan adquirir en la audiencia preliminar las pruebas que permiten al imputado demostrar que no existen suficientes elementos para acusar, pues el propio juicio a causa de la publicidad provoca y suficiente clamor que eso suscita.

⁸² NICASTRO, GIAN MARIA, "Sistema Procesal Penal Italiano". En: Sistemas Penales Europeos. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2002. pp 135 y 136.

10. APORTES DEL AUTOR A LA DISCUSIÓN

Se puede afirmar que en virtud del principio acusatorio, no puede haber condena sin acusación; debe haber una separación entre quien acusa y quien juzga; debe existir congruencia personal, fáctica, jurídica y probatoria entre imputación, acusación y sentencia; la fiscalía no debe estar legitimada para afectar derechos fundamentales y para emitir decisiones con valor de cosa juzgada, y se deben propiciar espacios para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Y, para los efectos del presente trabajo de grado, se impone destacar que ninguno de estos contenidos supone que una sola decisión de acusar de la fiscalía lleve a la consecuencia, de forma inexorable, la apertura del juicio oral, pues, como se señaló anteriormente, dicho efecto está supeditado a que se decida, de forma positiva, el control judicial de la acusación.

En los sistemas adversariales, al permitir que la fiscalía como requisito para dar inicio a la etapa de juicio oral presente la acusación sin control jurisdiccional alguno, viola el principio de igualdad, defensa, inocencia y acusatorio, toda vez que esta se trata de un acto de parte, esta incongruencia y poder desbordado daría lugar a la proliferación de juicios irresponsables e improvisados nutridos por el capricho y la falta de preparación del ente acusador.

Por lo anterior no se debe, si se quiere la imparcialidad en las decisiones de los funcionarios públicos, que el Fiscal como ente persecutor lleve a cabo una acusación sin que exista un examen jurisdiccional, en primer lugar porque la formulación de imputación no admite recursos por ser discrecional de la fiscalía y constituir un acto de mera comunicación que antecede a la acusación y constituye el cimiento de esta, en otras palabras estos actos no admiten que el afectado pueda defenderse y controvertir lo hasta ahora existente, lo que genera privaciones injustificadas a derechos fundamentales.

El escrito de acusación es un acto de parte; su control es formal y no material o sustancial, pues recae sobre los requisitos formales del escrito de acusación; no se extiende a la calificación jurídica de los hechos; no conduce a la anulación del escrito; las observaciones hechas no son vinculantes para la fiscalía; el juez no puede impedir que se acuse; la consecuencia de los errores en que incurra la fiscalía en la acusación en su desestimación en la sentencia, y el control material comprometería la imparcialidad del juez y dejaría a la defensa en condición de desigualdad.

Se está en un entorno en el que no se ha previsto un control sustancial de la acusación ante un juez de audiencias preliminares, sino solo un control formal ante el juez de conocimiento, son legítimos los esfuerzos que despliega la jurisprudencia para que este control formal no se trastoque en un control material, que comprenda la verificación de la existencia de un fundamento sustancial para acusar.

En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio –solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

Desde la posición del autor se argumenta que, a pesar de que el escrito de acusación sea un acto de parte y no jurisdiccional no se descarta la posibilidad de anularlo toda vez que el juez ejerce un mediano control sobre éste y la defensa puede proponer la nulidad en audiencia prevista para tal fin, ante el juez llamado a conocer del asunto y permitiéndose el ejercicio de los recursos legales. Esto no es otra cosa que la garantía del derecho a la defensa.

No con ello se quiere decir que si el escrito de acusación tipifica un delito de manera incorrecta se entienda que emerge la absolución por el delito en cuestión, en este caso la solo dejaría abierta la posibilidad de intentar nuevamente la formulación de la imputación, conforme con la pautas que rigen el debido proceso y el respeto de las garantías fundamentales.

Igualmente se podría preguntar si ¿Puede el fiscal retirar el escrito de acusación si ya lo presentó ante el juez de conocimiento?

Muchos lo niegan, con el argumento de que el legislador fue poco previsor y no diseñó una fase precisa para hacerlo. Razones serias soportan esa tesis, habida la evidente mala regulación de la materia. Pero admitirla implicaría una enorme pérdida de tiempo, esfuerzos y dinero, en tanto numerosos procesos culminarían con un remedo de juicio: aquellos en los que el fiscal tiene claro que es imposible promover con éxito la pretensión punitiva.

El problema debe examinarse a la luz de la sentencia C 920 de 2007, según la cual, una vez presentado el escrito, sólo puede invocarse la preclusión con fundamento en las causales 1 y 3 del artículo 332 de la ley 906 de 2004. El retiro es, pues, la única solución viable y eficaz para solucionar esta clase de asuntos.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia defendió esa tesis, en los siguientes términos:

“Si el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.

“Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna”⁸³

La propuesta hace referencia a un proyecto de ley donde se adicione un nuevo artículo sobre el control de la acusación al código de procedimiento penal, así:

PROYECTO DE LEY No. _____

“POR EL CUAL SE ESTABLECEN REGLAS EN MATERIA DE CONTROLES MATERIALES AL ACTO DE ACUSACIÓN. SE ADICIONA UN ARTICULO A LA LEY 906 DE 2004 LIBRO III EL JUICIO. TITULO I CAPÍTULO I DE LA ACUSACIÓN REQUISITOS FORMALES”

Artículo 1º. Alcances de la ley.

La presente ley tiene por objeto adicionar un artículo a la ley 906 de 2004 libro III Título I capítulo I De la acusación requisitos formales que consagra el control material al acto de acusación con el fin de materializar la garantía que subyace del principio de legalidad.

Artículo 2º. Definiciones

Principio acusatorio: consiste en que no puede haber condena sin acusación, con una plena separación entre quien acusa y quien juzga.

⁸³ Auto del 21 de marzo de 2012, radicado 38.256, M. P. José Luis Barceló

El control judicial de la acusación se orienta a verificar que la misma cumpla con estándares mínimos para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, de motivos fundados. Se trata de exigir que solo se acuse si se cuenta con fundamentos suficientes para asumir que la conducta delictiva existió y que el acusado es probable autor o participe de ella. Es decir, en esa fase se hace una declaración judicial o aceptación o rechazo de la acusación o, para decirlo con otras se promueve un juicio de acusación

Artículo 3°. Principios rectores.

Principio de legalidad

Principio *pro homine* y *favor libertatis*

Principio de congruencia.

Artículo 4 ° se modifican los artículos 338 y 339 de la ley 906 de 2004 en el siguiente sentido:

A la Ley 906 de 2004 libro III el juicio. Título I capítulo I. De la acusación requisitos formales se modifican los artículos 338 y 339.

Artículo 338. Citación. Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez de control de garantías debe señalar fecha, hora y lugar para celebrar una audiencia de control sustancial de la acusación. Si no hay sala disponible, el juez podrá habilitar un espacio público idóneo.

Artículo 339. Trámite. Luego de que el juez abra la audiencia, debe ordenar el traslado del escrito de acusación a las demás partes; luego concede la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que formulen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos

establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Luego de resuelto este asunto, se concede la palabra al fiscal para que formule la acusación correspondiente.

El juez realizará un examen de la acusación, a fin de determinar la concurrencia de los elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación, tales como el elemento fáctico, jurídico, personal, los presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes. En el evento de que el juez compruebe que la acusación tiene fundamento razonable y respeta los derechos de las partes al contradictorio aprobará la misma. El juez podrá modificar los cargos si las pruebas parecen indicar un cargo distinto.

En caso de improbar la acusación el juez ordenará la preclusión de la investigación. Decisión contra la cual proceden los recursos ordinarios.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.

CONCLUSIONES

Conforme el Acto Legislativo 3 de 2002 se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, en el que se optó por un sistema de corte acusatorio, que se caracteriza fundamentalmente por la separación de funciones de investigación y juzgamiento, un enfrentamiento con una aparente paridad de armas entre acusador y defensa, y la existencia de un juez imparcial llamado a regular y resolver la controversia.

Infortunadamente, al igual que en la reforma al proceso penal que actualmente cursa en el Congreso, se omitió por parte del legislador conceder un espacio para el control judicial al escrito de acusación, precisamente como expresión de la división de funciones entre investigación y juzgamiento “si el acto que concreta el resultado de las averiguaciones, como es la acusación, fuera corregido, cuestionado, o validado por el juez, actividad en la cual se comprometería inapropiadamente con su éxito reflejado en una segura condena; y no se podría pregonar la igualdad de las partes cuando la posición procesal de una de ellas es avalada por el juez llamado a dirimir la -hasta entonces- desequilibrada controversia; y qué no decir de la imparcialidad de un juez que ya ha cobijado con su aprobación una acusación que anuncia un debate que apenas comienza.”⁸⁴ Para evitar esto, el derecho comparado fija en el juez de control la competencia para conocer de la acusación.

La Corte Suprema de Justicia ha recordado en varias ocasiones que el proceso penal actual tiene tres características importantes: “un enfrentamiento de partes en nivel de igualdad y, con paridad de armas”⁸⁵; la contienda es mediada por un juez

⁸⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 139. Bogotá, D.C., 18 de abril de 2012.

⁸⁵ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 31538. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. Bogotá D.C., mayo 6 de 2009.

imparcial, vale decir, ubicado a la misma distancia conceptual de las partes e intervinientes; y un proceso en el que cada parte e interviniente tiene perfectamente diferenciado su rol.

La fiscalía tiene asignada la titularidad de la acción penal, y una de sus obligaciones si es procedente es "Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento"⁸⁶. Por ende la acusación como acto de parte ni tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal.

Por supuesto que esta libertad y autonomía conlleva una enorme responsabilidad para dicha institución encargada de luchar contra la impunidad y mantener el clima de respeto y convivencia que requiere la colectividad.

En torno al tema, el 336 del CPP, advierte que podrá radicarse la acusación, "cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe"⁸⁷, de la conducta típica, antijurídica y culpable que se investiga; afirmación que corresponde ser realizada por la Fiscalía, luego de un proceso de valoración de tales elementos de convicción, gracias al cual la parte acusadora evalúa si se satisface la exigencia probatoria prevista por el mencionado precepto para convocar el juicio mediante la presentación del mencionado escrito.

La jurisprudencia ha evolucionado de una manera muy significativa en torno a la temática. Ello es comprensible pues el sistema acusatorio colombiano entró en vigencia hace poco más de una década y está solo en proceso de consolidación,

⁸⁶ COLOMBIA. Constitución Política. Artículo 250. Numeral 2. Editorial Leyer 2014.

⁸⁷ Teoría dialéctica del Indicio. En teoria-dialectica-del-indicio-i.html. Consultado en diciembre de 2014.

motivo por el cual la jurisprudencia debe, con mucha frecuencia sortear una multiplicidad de situaciones novedosas y resolverlas ateniéndose a los fundamentos, la estructura y a la dinámica de ese sistema. Y el control de la acusación no ha sido ajeno a esa evolución.

Si realizamos una sistematización de esta jurisprudencia, se tiene que en este momento hay claridad sobre los siguientes aspectos vinculados al control de la acusación en el proceso penal colombiano:

1. La legitimidad para desatar el control de la acusación recae en el acusado, la defensa y los intervinientes, pero no en el juez. Si bien inicialmente se estableció que ese control podía realizarse de oficio o a petición de la defensa, luego ese punto de vista se modificó para afirmar que el juez no tenía la facultad de hacer observaciones o de corregir el escrito de acusación y que esta era una atribución privativa del acusado, la defensa y los intervinientes.
2. El control del que es susceptible el escrito de acusación es un control formal y no material o sustancial. Es decir, recae sobre los requisitos formales previstos en el artículo 337 C.P.P. y no sobre el fundamento sustancial para acusar consagrado en el artículo 336 ibíd. Por ello, a través, del mismo no se pueden debatir aspectos como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener una condena.
3. El control recae sobre los requisitos formales del escrito de acusación pero no se extiende a la tipificación de los hechos por los que se acusa. En un comienzo se sostuvo que el control formal de la acusación comprendía la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta por la fiscalía, pero en el mismo precedente también se dijo que no se podía cuestionar la calificación jurídica de la

conducta. Sobre este aspecto luego se hizo bastante claridad: el juez no puede sugerir ni señalar los delitos por los cuales se debe proceder.

4. La fiscalía puede tener o no en cuenta las observaciones hechos al escrito de acusación. Si no lo hace, no adquiere fuerza vinculante y no pueden ser debatidas en el juicio ni consideradas en la sentencia. Por estos motivos con ocasión del control formal a que se somete el escrito de acusación, el juez no puede impedir que el fiscal acuse.
5. Como el escrito de acusación no es susceptible de anularse, la consecuencia de los desaciertos en que se incurra en la acusación es su desestimación en la sentencia; es decir, la decisión final de desechar la petición de la fiscalía.

La función de la fiscalía consiste en examinar objetiva y críticamente los hechos averiguados por la policía en el procedimiento preliminar para discernir la existencia de evidencias de un comportamiento punible obligándolo a llevar un proceso correctamente estructurado para garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria, porque toda acusación debe ser fundada, esto es, que los elementos de convicción establezcan una probabilidad de que la persona acusada ha cometido el delito y de que existen pruebas que puedan demostrarlo en juicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. Proceso Penal. Perspectivas internacional, Comparada y latinoamericana. Mexico; Ubijus 2009.
- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid Marcial Pons, 2009.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2001.
- COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Editorial Temis 2014.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., 22 de noviembre de 2005.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia del 2 de agosto de 1995, Radicado 9.117
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 1998, radicación 9857.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de febrero de 2004, radicación 14343.

- Gaceta del Congreso, 339, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 23 de julio de 2003.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de octubre de 2005, radicación 24026.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24530.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de junio de 2006, radicación 24764.
- COLOMBIA Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009, radicado 31293.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Penal Magistrados Ponentes: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Dr. Alfredo Gómez Quintero Aprobado Acta No. 417. Proceso n.º 34370. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29994 Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 190. Santiago de Tunja. 15 de julio de 2008.
- COLOMBIA Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Penal Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez. Proceso nº 38521 Bogotá, D.C., 18 abril de 2012.

- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 60211, Mayo 9 de 2012, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- COLOMBIA. Decreto 2700 de 1991.
- COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Magistrado Ponente: José Joaquín Urbano Martínez. 12 de septiembre de 2012.
- COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Sentencia de segunda instancia del 29 de septiembre de 2005, radicación 23914.
- HEDLER, EDMUNDO. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires.1996
- Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos Aplicables A La Administración De Justicia. Estudio constitucional comparado, México, Porrú a, Cámara de Diputados, Konrad Adenauer Stiftung, 2004.
- MONTERO AROCA, JUAN. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blach, 1987.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal
- NICASTRO, GIAN MARIA, “Sistema Procesal Penal Italiano”. En: Sistemas Penales Europeos. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2002.

- OSORIO ISAZA, Luis Camilo Gaceta del Congreso, 339, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 23 de julio de 2003.

INFOGRAFIA

- CONSECUENCIAS DE UN INCORRECTO DESCUBRIMIENTO PROBATORIO POR PARTE DE LA FISCALÍA. 5 de mayo de 2014. En en <http://www.juridicoscare.com/2014/05/consecuencias-de-unincorrecto.html>. Consultado en febrero de 2015.